

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

**La modificación de los contratos y la protección
del interés general**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Xavier Codina García-Andrade

DIRECTOR

Julio V. González García

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**La modificación de los contratos y la protección del interés
general**

Memoria para optar al grado de Doctor presentada por

Xavier Codina García-Andrade

Bajo la dirección de

Julio V. González García

Madrid, 2016

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *La modificación del contrato y la protección del interés general*, Tesis doctoral en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016

Año: 2016

Autor: Xavier Codina García-Andrade

Institución: Universidad Complutense de Madrid

Supervisor: Julio González García

Programa: Problemas actuales de Derecho Administrativo

Doctorado en Derecho (RD 1393/2007)

– Cuando mires al cielo, por la noche, como yo habitaré en una de ellas, como yo reiré en una de ellas, será para ti como si rieran todas las estrellas. ¡Tú tendrás estrellas que saben reír!

Y volvió a reír.

–Y cuando te hayas consolado (siempre se encuentra consuelo) estarás contento de haberme conocido. Serás siempre mi amigo. Tendrás deseos de reír conmigo. Y abrirás a veces tu ventana, así... por placer... Y tus amigos se asombrarán al verte reír mirando el cielo. Entonces les dirás: «Sí, las estrellas siempre me hacen reír»y ellos te creerán loco.

El Principito, de Antoine de Saint-Exupéry

A mi padre, por habernos hecho reír.

Con la entrega de este trabajo se cierran cuatro años de investigación y se alcanza un reto estimulante y exigente. Ello no hubiese sido posible sin el apoyo de todos los que me rodean.

En el ámbito académico, debo comenzar por el Director de la Tesis, Julio González García, que me aceptó bajo su tutela de manera generosa y desinteresada, que ha sabido aportar calma en momentos necesarios y que ha permitido que me realizara en muchas facetas investigadoras y personales. Cogió un estudiante y, creo, ha moldeado un investigador.

A todos los miembros del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. Muy en especial a Fernando Sequeira, que siempre ha demostrado ser más un amigo que un compañero, lo que también se puede decir de Ricardo Alonso y Pablo González Saquero. A José Eugenio Soriano, con quien di mis primeros pasos en la investigación académica. A Tomás Cano, que me dio la oportunidad de publicar mis primeras piezas. A su director, Germán Fernández Farreres y su secretario Fernando González Botija. Finalmente, a María Aguirre, motor gracias al cual el Departamento se mueve.

Fuera de la UCM agradezco a Paul Davis de la Dublin City University y a Sue Arrowsmith y su equipo de la University of Nottingham por las oportunidades brindadas. En especial, hoy más como amigos que como compañeros, a Albert Sánchez-Graells de la University of Bristol y a Pablo Sanz Bayón de la Universidad Pontífica de Comillas (ICADE). Posiblemente las dos mentes más brillantes con las que me he cruzado hasta ahora, talla que sólo se ve superada por su calidad humana.

No quiero acabar los reconocimientos académicos sin antes dar las gracias a todos los investigadores que han tratado este tema antes que yo. Sin su esfuerzo y sacrificio hoy no sería posible este trabajo. Espero haber estado a la altura del nivel que dejasteis.

A mis compañeros del despacho Bufete Codina, María Vázquez, Fernando García y Lola Larrabeiti (¡Larrabeiti!), que han compartido conmigo estos años y de los que he aprendido cada día.

En lo personal quiero agradecer a todos mis amigos su paciencia infinita. Han sido años de mucho esfuerzo que no me han permitido dedicarles todo el tiempo que merecían. Pero ahí siguen. Al Equipo Patada por sus vejaciones, a la gente de la Facultad por sus bailes y a los del FEM por sus recuerdos. A Carlos y a Adriana por ser lo mejor que me llevé de Turín.

Como puente entre amigos y familia, dar las gracias a Jaime y Pablo, mis primos, con quienes comparto sueños y pesadillas, quienes me dan alas para volar, y me mantienen con los pies en el suelo a partes iguales. Son pilares fundamentales en los que se apoya el trabajo de estos años.

Fundamental también para lograr este reto ha sido mi familia. En su concepción amplia

quiero dar las gracias a los Montero García-Andrade y a los Fernández García-Andrade que incluso en momentos tan difíciles como los que hemos pasado juntos seguían dándome el aliento necesario. Gran parte de culpa de que hoy entregue esta Tesis la tiene mi tía Cris, ejemplo de lucha, servicio a los demás y humor ante la vida: seguro que está bailando encima de una mesa allá donde esté.

También dar las gracias a la familia Hernández Andrés, que con su perenne sentido del humor han creado un ambiente en donde uno es capaz de desconectar de todo.

Para terminar, las dos piezas fundamentales del puzzle.

A mi padre, mi madre y mis hermanos, a los que nunca podré agradecer todo lo que han hecho por mí. Hemos llorado, hemos reído, hemos vivido. Gracias. Especialmente a mis padres por el sacrificio que han hecho, por traernos hasta aquí y por hacerlo tan unidos. Dentro de esa piña está Naná, mi madrina, que nos ha dado a los cinco su vida entera.

Por último, a Paula, que ha estado a mi lado antes incluso que comenzara la Tesis. Y, aunque ella odie la palabra, lo cierto es que ha sido mi amiga y mi compañera en este viaje. Espero poder recompensártelo.

Madrid, “El Despacho”
14 de marzo de 2016

Objetivos. El abuso en la modificación del contrato es una de las grandes amenazas a las que se enfrenta la contratación pública hoy en día. Al ocurrir durante la fase de ejecución del contrato, esta práctica parece fuera del alcance de los focos de transparencia a los que se somete la adjudicación. En el presente trabajo se analiza precisamente el alcance y naturaleza del problema, sus causas, las soluciones que se han adoptado y las que se podrían adoptar.

Metodología. Para llevar a cabo el estudio se ha acudido a una metodología variada. Se ha renunciado método dogmático puro, que sería útil si de lo que se tratase fuera de analizar estrictamente la ley por la ley, la ley “como es”, prescindiendo de hacer cualquier valoración crítica que no fuese puramente jurídica. La complejidad del fenómeno de las modificaciones contractuales no permite adoptar sólo un enfoque jurídico puro que impediría profundizar en cuestiones como la razón final de la norma o sus efectos. En adopta un método tópico o problemático. Además, se realizan acercamientos de Derecho comparado.

Resultados. El trabajo comienza justificando las razones que llevan a considerar la modificación como un problema sin solución sencilla. Para ello se estudia el impacto de la modificación en cada uno de los intereses implicados: los fondos públicos, el sistema de contratación, la relación contractual, la entidad adjudicadora y el contratista, los licitadores apartados y otros terceros interesados.

La primera parte del estudio define el fenómeno y estudia la fase en la que se manifiesta, esto es, la ejecución del contrato. Tras ello se analizan las causas, llegando a la conclusión de que la modificación del contrato es un fenómeno sin una causa única por lo que exige soluciones integrales. Por último, se estudian distintos modelos identificados.

La segunda parte se centra en el estudio del modelo español de modificación de los contratos. Se estudian los presupuestos habilitantes, los límites, el procedimiento y las consecuencias de modificar el contrato. Además, se analizan los mecanismos de control y las consecuencias de la modificación irregular. Esta segunda parte acaba con el estudio de los supuestos especiales de modificación, subrayando la importancia de los elementos complementarios.

En la tercera y última parte se analiza la solución elegida por la mayoría de ordenamientos, consistente en introducir límites para proteger la licitación inicial. Se estudian las consecuencias que tiene dicha solución. Además, se proponen otras soluciones complementarias.

Conclusiones. Las hipótesis iniciales se confirman, resultando que estamos ante un problema de carácter histórico y global, esto es, que afecta a la mayoría de países con independencia de su sistema legal. Además, se ha comprobado que estamos ante un problema que no tiene una única causa, sino que se suele producir una concurrencia de varias de ellas. Todo ello nos empuja a defender que la solución debe pasar por tener en cuenta tanto los elementos centrales o nucleares de la regulación como los elementos

complementarios o periféricos. Un claro ejemplo es el caso español ya que se trata de un sistema que ha pasado de ser muy flexible a ser muy rígido. El foco se ha puesto en los elementos centrales, descuidando los elementos complementarios.

Además, al analizar la solución dada por los ordenamientos (proteger la licitación) se concluye que ello nos lleva hacia la contractualización e incluso privatización de la regulación de la modificación en el Derecho público de contratos.

Descriptores clave: contratación pública, ejecución del contrato público, modificación del contrato

Objectives. The abuse and misuse of the public contracts modification technique poses a major threat to the public procurement system. It usually takes place during the execution phase and, thus, out of sight and below adequate levels of transparency. This Thesis will assess the nature of this issue and the extent to which it is a problem. The causes of the issue and the solutions adopted and to be adopted are studied as well.

Methodology. This research has been carried out using a flexible methodology. “Black-letter” or a pure doctrinal legal method has not been used, in favour of a legal method “in context”. A traditional approach would have driven the research to focus on law as “it is”. Thus, the author does not view law as an autonomous system and it tries to study other factors shaping law, to address “law in action” and to include the “policy” element. The research has also been carried out using a comparative approach.

Results. Firstly, the research explores the reasons why the issue does not have a straightforward solution. An explanation of its complexity is precisely that modifying a contract has several implications, not only on the contractual relation but also on the public funds and on the award procedure.

Part I of the Thesis defines the object and the procurement phases in which its origins may be traced down. The causes of contract modifications invoked by the literature are studied. Lastly, Part I delves into several identified models of contract modification systems.

Part II focuses on the Spanish model, traditionally based on the unilateral power to change a contract conferred to the public authority. The grounds, limits, procedures and consequences of modifying a public contract are studied. Also, the available control mechanisms and the consequences of an unlawful modification. This part ends with a brief study of special cases, such as the modification of works contracts.

Finally, Part III analyses the solution that almost every single regulatory system has chosen: passing rules in order to protect the award procedure. The consequences of this choice are studied. Other solutions are suggested.

Conclusions. This research concludes that the issue has not a single nor simple solution. It addresses an historical and global problem that affects on the vast majority of countries regardless its legal framework. It has been observed that the problem has not a single cause but multiple and concurrent causes. This is the reason why a holistic approach is supported. This holistic approach should consider the core elements of the regulation (grounds, limits, etc) but also the complementary ones. An example is the Spanish model, in which the efforts has been focused solely on the core elements, ignoring the complementary ones. Finally, it is concluded that the solution given by the most important regulatory models, which is to protect the award procedure, will lead towards the contractualization and even privatization of the public contract modification regimes.

Key concepts: public procurement, execution phase, contract modification

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

SUMARIO

CUESTIONES PRELIMINARES

PARTE I MARCO JURÍDICO DE LA INVESTIGACIÓN

- Capítulo 1 Marco conceptual de la modificación objetiva
- Capítulo 2 La fase de ejecución del contrato como marco jurídico en el que se manifiesta la modificación
- Capítulo 3 Causas de la modificación y soluciones hasta ahora propuestas
- Capítulo 4 Modelos de regulación de las modificaciones contractuales

PARTE II EL MODELO ESPAÑOL DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

- Capítulo 5: Evolución histórica del régimen jurídico de la modificación: hacia un modelo de potestad
- Capítulo 6: El régimen jurídico vigente: la modificación en la LES
- Capítulo 7: El control de la modificación
- Capítulo 8: Supuestos especiales
- Capítulo 9: La importancia de los elementos complementarios

PARTE III NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA MODIFICACIÓN

- Capítulo 10: La solución adoptada: la contractualización de la modificación
- Capítulo 11: Soluciones propuestas

CONCLUSIONES

<i>Resumen</i>	9
<i>Abstract</i>	11
LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL	13
<i>SUMARIO</i>	13
<i>ÍNDICE</i>	15
<i>Abreviaturas</i>	21
<i>Tablas</i>	23
INTRODUCCIÓN	25
CUESTIONES PRELIMINARES	31
A. Objeto de la investigación y exclusiones	31
B. Objetivos, retos y aportaciones de la investigación	32
C. Aproximación metodológica y sus limitaciones	36
D. Justificación del estudio: la modificación como problema actual y su impacto	45
a. El impacto de la modificación: consecuencias positivas y negativas de la modificación	45
i. ¿Es la modificación de los contratos un problema?	45
ii. Impacto sobre los fondos públicos: el gasto público y los fondos europeos.	51
iii. Impacto sobre el sistema de contratación	57
iv. Impacto sobre la relación contractual.	65
v. Impacto sobre la entidad adjudicadora	67
vi. Impacto para el contratista	69
vii. Impacto sobre terceros: licitadores, subcontratistas y ciudadanos	70
b. La modificación como problema histórico	75
c. La modificación de contratos como problema compartido a nivel global	78
d. La modificación como problema multidisciplinar	98
i. <i>La literatura económica sobre renegociación de los contratos</i>	98
ii. La modificación de los contratos y la gestión de proyectos	106
E. Conclusión: La necesidad del estudio y regulación de la modificación	108
PARTE I: MARCO JURÍDICO DE LA INVESTIGACIÓN	113
CAPÍTULO 1: MARCO CONCEPTUAL DE LA MODIFICACIÓN OBJETIVA	113
1.1. El concepto de “modificación objetiva del contrato”	113
1.2. Delimitación de la modificación y sus figuras afines	115
1.2.1. Modificación de los contratos frente a la ejecución de cláusulas previstas en el contrato. En especial, el concepto de revisión de precios	115
1.2.2. Modificación del contrato frente a “nuevo contrato”. La figura de los trabajos complementarios	121
1.2.3. Modificación frente a suspensión del contrato	124
1.2.4. Modificación, interpretación del contrato e instrucciones	125

1.3. Clasificación de las modificaciones objetivas	127
1.3.1. Según la postura de las partes: la modificación convencional, la modificación unilateral y las modificaciones híbridas.	127
1.3.2. Según su objeto: la modificación del plazo y de otras prestaciones	129
1.3.3. Según su origen: la modificación por causas internas y la modificación por causas externas	132
1.3.4. Según su magnitud: modificaciones sustanciales y modificaciones menores .	132
1.3.5. Según su efecto sobre el objeto: incremento, reducción, neutrales.....	133
1.3.6. Según su forma: modificaciones expresas o tácitas	135
1.3.7. Según su función: de mejora, de continuidad, de compensación y de regularización	138
1.3.8. Según su legalidad: modificaciones regulares, modificaciones irregulares y modificaciones impropias.....	139
CAPÍTULO 2: LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO COMO MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE MANIFIESTA LA MODIFICACIÓN	141
2.1. El perfeccionamiento del contrato y su extinción.....	141
2.2. Los principios de la contratación civil y su aplicación al Derecho de los contratos públicos	145
2.2.1. Principio de autonomía de la voluntad o de libertad de pacto	147
2.2.2. La vinculación al contenido contractual: <i>pacta sunt servanda</i>	151
2.2.3. Principio de relatividad de los contratos.....	159
2.2.4. Principio de conservación de los contratos	160
2.3. Régimen de ejecución de los contratos públicos: potestades y principios.....	162
2.3.1. El principio de igualdad de trato entre los licitadores.....	170
2.3.2. El principio de transparencia	172
2.3.3. El principio licitatorio y el de libre concurrencia	175
2.3.4. El principio de riesgo y ventura.....	176
2.3.5. El mantenimiento del equilibrio del contrato. Técnicas para su consecución.	182
CAPÍTULO 3: CAUSAS DE LA MODIFICACIÓN Y SOLUCIONES HASTA AHORA PROPUESTAS	195
3.1. Causas y soluciones relativas a la fase de preparación	198
3.1.1. La decisión de contratar y las estimaciones deficientes: ¿Fallo o engaño?	198
3.1.2. El diseño de la relación contractual como causa de la modificación: la distribución de riesgos.....	203
3.2. Causas y soluciones relativas a la fase de selección.....	209
3.2.1. El método de selección	210
3.2.2. La deficiente selección del contratista. El papel de la experiencia pasada	212
3.2.3. Las ofertas excesivamente bajas	213
3.3. Causas y soluciones relativas a la fase de ejecución del contrato	216
3.3.1. La incidencia de la doctrina del riesgo imprevisible. Tendencias en el Derecho internacional	216
3.3.2. Desequilibrios en el poder de negociación. Mantenimiento de la competencia en la fase de ejecución.....	220
3.3.3. La deficiente gestión de la ejecución contractual.	222
3.4. La corrupción como causa de la modificación	224
3.4.1. Los estudios sobre corrupción y su aplicación a la modificación del contrato	224
3.4.1.1. Definir y medir la corrupción en la modificación de los contratos.....	226
3.4.1.2. Formas de corrupción en la modificación.....	232
3.4.1.3. Soluciones a la corrupción: prevención, detección, punición.....	235
CAPÍTULO 4: MODELOS DE REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	245
4.1. Los modelos identificados. Hacia un modelo común.	245
4.1.1. Modelo ilimitado.....	247

4.1.1.1. Modelo convencional no regulado. El modelo del Reino Unido.	247
4.1.2. Modelo limitado.....	256
4.1.2.1. El modelo francés	256
4.1.2.2. Modelo convencional regulado. El modelo de los Estados Unidos.....	269
4.2. El caso de la Unión Europea como modelo convencional en transición.....	279
4.2.1. La situación previa a 2014.	282
4.2.2. El activismo judicial del TJUE	284
4.2.3. La regulación en las nuevas Directivas de 2014.....	293
4.2.4. El sistema de tutela europeo ante modificaciones irregulares	317

PARTE II: EL MODELO ESPAÑOL DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

DEL SECTOR PÚBLICO 333

CAPÍTULO 5: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN: HACIA UN MODELO DE POSTESTAD 334

5.1. Primera etapa: La modificación de los contratos en las primeras normas de contratación (1845-1950)..... 335

5.2. Segunda etapa: consagración y asimilación de un modelo (1953-2007). Las necesidades nuevas y las causas imprevistas. 358

5.2.1. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1953-1955)..... 358

5.2.2. La Ley de Contratos del Estado de 1965 y sus modificaciones..... 360

5.2.3. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y sus modificaciones

5.2.4. La consagración del modelo de modificación unilateral y las dos líneas doctrinales sobre los requisitos..... 366

5.2.5. Tercera etapa: la tímida reacción legislativa ante las presiones comunitarias. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007..... 380

5.3. Cuarta etapa: la intervención del Derecho europeo, sus razones y consecuencias 383

5.3.1. La legislación vigente: la Ley de Economía sostenible de 2011 387

5.3.2. El anteproyecto de Ley de Contratos 2015. La ¿necesaria? adaptación del modelo a las nuevas Directivas. 392

CAPÍTULO 6: EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE: LA MODIFICACIÓN EN LA LES..... 403

6.1. Ámbito de aplicación de la LES. Subjetivo, objetivo y temporal..... 403

6.2. El interés general y su doble naturaleza de presupuesto habilitante y de límites 407

6.3. Los presupuestos habilitantes 412

6.3.1. Las modificaciones previstas

6.3.2. Error u omisión en el proyecto o las especificaciones técnicas

6.3.3. Circunstancias imprevisibles.

6.3.4. Fuerza mayor

6.3.5. Avances técnicos (cláusula de progreso)

6.3.6. Adaptación a la normativa (*factum principis*).....

6.4. Límites a la modificación..... 440

6.4.1. Variación sustancial de la función y características esenciales de la prestación 446

6.4.2. Alteración del equilibrio acordado..... 449

6.4.3. Necesidad de nueva habilitación profesional o diferentes condiciones de solvencia..... 450

6.4.4. Modificaciones iguales o superiores al diez por ciento

6.4.5. Afecte a la licitación

6.5. El procedimiento como garantía para los intereses implicados. 453

6.5.1.	El procedimiento de modificación de los contratos administrativos	454
6.5.2.	Los procedimientos especiales. En especial, los procedimientos en el contrato de obras.	479
6.5.3.	Los vicios procedimentales. El reformado anticipado y otras prácticas.	486
6.6.	Consecuencias de la modificación.....	491
6.6.1.	Consecuencias jurídicas sobre el contrato inicial.	491
6.6.2.	Consecuencias materiales: la ejecución de los trabajos, el reajuste de los plazos y del programa de trabajo.....	492
6.6.3.	Consecuencias de contenido económico. Reajuste de anualidades y de la garantía.	494
6.6.4.	Compensación e indemnización del contratista	495
6.6.4.1.	<i>Plazo, alcance, valoración y medios de la compensación y la indemnización..</i>	497
6.6.4.2.	<i>El enriquecimiento injusto y el reconocimiento extrajudicial de créditos...</i> ..	513
CAPÍTULO 7: EL CONTROL DE LA MODIFICACIÓN		525
7.1.	Mecanismos de prevención.....	525
7.2.	Mecanismos de detección.....	526
7.3.	Mecanismos de reacción. En especial, la tutela de los interesados.	533
7.3.1.	Los instrumentos de reacción disponibles	533
7.3.1.1.	<i>La revisión de oficio y la declaración de lesividad</i>	534
7.3.1.2.	<i>Los recursos administrativos ordinarios.</i>	536
7.3.1.3.	<i>Los recursos administrativos de origen europeo.....</i>	538
7.3.1.4.	<i>La jurisdicción contencioso-administrativa.....</i>	546
7.3.1.5.	<i>La jurisdicción contable</i>	547
7.3.2.	Los interesados ante la modificación irregular	549
7.3.3.	La resolución del contrato debido a la modificación sustancial y la tutela del contratista: de opción a obligación <i>ex lege</i>	550
7.3.4.	La tutela del tercero ante modificaciones irregulares.	559
7.3.5.	Consecuencias de la invalidez de la modificación.....	565
7.3.5.1.	<i>La invalidez de la modificación</i>	565
7.3.5.2.	<i>El contratista ante la declaración de nulidad de la modificación.....</i>	578
7.3.5.3.	<i>El licitador apartado y la indemnización en el caso de modificación irregular.....</i>	583
7.4.	Mecanismos de represión y de reparación: la responsabilidad de los sujetos intervinientes.	587
7.5.	Los modificados y la lucha contra la corrupción	597
CAPÍTULO 8: SUPUESTOS ESPECIALES		613
8.1.	Los contratos de obra. Los contratos a precio alzado.....	613
8.2.	Las concesiones de obra pública y servicios	617
8.2.1.	La nueva Directiva europea de concesiones	618
8.2.2.	Los contratos de concesión de obra pública.....	619
8.2.3.	Los contratos de gestión de servicio público	623
8.3.	Contratos de suministro y de servicios. En especial, la modificación en los acuerdos marco.	624
8.4.	La modificación de los contratos menores.....	628
8.5.	La modificación de los contratos privados.....	629
8.5.1.	Precisiones de Derecho privado: novación y riesgo imprevisible.	631
8.5.2.	Los contratos privados de la Administración pública.....	643
8.5.3.	Los contratos del Sector público no Administración: las instrucciones de contratación. El problema de los recursos frente a estos contratos	647
8.6.	La modificación en los contratos en los sectores especiales. La Directiva y su transposición.....	650
CAPÍTULO 9: LA IMPORTANCIA DE LOS ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS.		

9.1. La experiencia del contratista. En especial la exclusión de candidatos en procedimientos de licitación.....	651
9.2. La baja temeraria.....	659
9.3. Los trabajos complementarios.....	668
PARTE III: NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA MODIFICACIÓN.....	677
CAPÍTULO 10: LA SOLUCIÓN ADOPTADA: LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO.....	677
10.1. Descripción y causas del fenómeno.....	677
10.2. Consecuencias del fenómeno.....	681
CAPÍTULO 11: SOLUCIONES PROPUESTAS.....	689
11.1. Premisas para solucionar el problema.....	689
11.2. Soluciones jurídicas.....	694
11.2.1. El reparto de los riesgos.....	694
11.2.2. El mutuo acuerdo.....	699
11.2.3. El endurecimiento de las condiciones para lograr la compensación o la indemnización en caso de modificación.....	706
11.2.3.1. Respecto a la aplicación estricta de los requisitos del enriquecimiento sin causa.....	707
11.2.3.2. Respecto a la conducta del contratista. En especial al mediar suspensión.....	710
11.2.3.3. Respecto al plazo para reclamar.....	722
11.2.4. El papel que puede jugar el Derecho de la competencia y las ayudas de Estado.....	725
CONCLUSIONES.....	731
BIBLIOGRAFÍA.....	757

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Ar.	Base de Datos jurisprudencial Aranzadi-Westlaw
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCivile	Código Civil Italiano
CE	Constitución Española
EDJ.	Base de Datos jurisprudencial El Derecho
DA	Disposición Adicional
FJ	Fundamento Jurídico
LCE	Ley de 8 de abril de 1965, de Contratos del Estado
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LPAC	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común
MHAP	Ministerio de Hacienda y Administraciones
MP	Magistrado Ponente
OBCP	Observatorio de la Contratación Pública
RDP	Revista de Derecho Privado
REF	Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TIC	Tecnologías de la información y la Comunicación
TRLCSF	Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 noviembre 2011 por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

Tabla 1: Porcentaje de proyectos con sobrecostes en algunos Estados de EEUU	84
Tabla 2: Variaciones de coste soportadas por proyectos en distintos países europeos (2000-2006)	89
Tabla 3: Variación en los plazos de ejecución previstos en distintos países europeos (2000-2006)	89
Tabla 4: ¿En qué medida cree Ud. que está extendida la práctica “modificación de los contratos tras su formalización”?	93
Tabla 5: Informe sobre resultados de ejecución de los planes de control financiero permanente (2007)	94
Tabla 6: Causas que afectan a la ejecución de los proyectos	195
Tabla 7: Causas y factores de los retrasos que afectan a la ejecución.....	196
Tabla 8: Causa de los sobrecostes Obras > 500 mill. Ptas. (1993).....	197
Tabla 9: Relación entre sobrecostes y mecanismos de adjudicación; obras >500 mill de pesetas (1993)	210

INTRODUCCIÓN

El mal uso que se hace de la modificación de los contratos públicos carcome desde hace tiempo el sistema de contratación pública como una colonia de termitas fagocita la frágil estructura de un mueble viejo. Así, un mecanismo ideado para dotar de flexibilidad al rígido sistema de contratación pública se ha convertido en espacio de abuso y opacidad. Ello provoca que los esfuerzos y recursos invertidos en el proceso de adjudicación queden en nada tras la modificación sustancial del contrato durante su ejecución. El ejemplo clásico para ilustrar el complejo problema de la modificación es el de una infraestructura pública que se presupuestó en un millón de euros, se adjudicó a un contratista por algo menos y acabó costando a las arcas públicas -es decir, a todos- dos o tres veces más.

El problema no es tanto la modificación en sí misma, sino que ello ocurra de manera habitual, por lo que el propio sistema queda desvirtuado. Un sistema, el de la contratación pública, que regula un mercado cuya magnitud económica aumenta sin cesar. Así, los datos más recientes sitúan cerca del 20% del PIB europeo se dedica a la adquisición de bienes y servicios en Europa¹, dato que se eleva hasta el 50% en países desarrollados, según el Banco Mundial². Por ello, un elemento que distorsione ese mercado puede tener efectos gravemente nocivos sobre la economía de un país.

Estas consecuencias económicas tienen su origen no en un problema de índole económico, sino jurídico y de política legislativa. Ocurre que la modificación irregular supone el quebrantamiento del conjunto de normas jurídicas que componen el “sistema de contratación” establecido. Este sistema de contratación prevé una serie de mecanismos orientados a la consecución de uno o varios fines, como son la eficiencia, la igualdad de trato o la transparencia, entre otros³. Sin embargo, la modificación de un contrato se hace sin presión competitiva alguna, y con frecuencia, sin la debida transparencia.

El problema comienza en el seno de la política legislativa. La configuración del procedimiento de adjudicación del contrato contiene una serie de elementos que incentivan este tipo de prácticas. Aunque los estudios de la modificación se hayan centrado hasta ahora

¹ Proposal commission – Impact Assessment SEC (2011) 1585 final.

² WORLD BANK, *Benchmarking Public Procurement*, Madrid, 2016, p. iv.

³ S. L. SCHOONER, “Desiderata: objectives for a system of government contract law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002.

en la manera en que ésta queda regulada, lo cierto es que es necesario retroceder a fases previas para entender la complejidad del fenómeno. Un fenómeno que, a pesar de quedar enmarcado en la fase de ejecución, encuentra sus causas primarias en la fase de adjudicación. Es más, si considerásemos que toda modificación se debe a circunstancias imprevisibles, entonces no habría nada que objetar.

Con independencia de sus causas, el fenómeno se manifiesta en la fase de ejecución del contrato, una fase a la que no todas las legislaciones le prestan la misma atención. En el Reino Unido, por ejemplo, la tradición ha sido que la ejecución del contrato debía ser algo dejado a la voluntad de las partes. En el mejor de los casos –el Derecho continental de corte francés– la ejecución del contrato ha recibido una atención menor a la que se da a la fase de adjudicación del contrato⁴. Sin embargo, en los últimos años parece que en el ámbito jurídico ha surgido un interés renovado sobre la cuestión. Ejemplo de ello son las nuevas Directivas europeas de contratación que, por primera vez contienen referencias a la modificación de los contratos públicos⁵.

Tampoco hay que olvidar que la modificación puede traer consigo otros problemas. A nadie se le escapa tras algunas alteraciones puedan esconderse casos de corrupción, sea particular o sea sistémica, sea la mordida de un empleado público a cambio de una prórroga o una trama de financiación de un partido a través de la contratación. Evidentemente, no se puede generalizar, pero tampoco se puede obviar este hecho. Será pues conveniente estudiar qué fases de la modificación son más vulnerables a este tipo de transacciones. Sin necesidad de ser calificada de corrupta, la modificación irregular puede esconder en la práctica el desvío de rentas públicas a manos privadas. Esto, que de por sí es grave, se ha agudizado en un escenario de crisis económica: hoy un sobre coste, independientemente de su magnitud, se censura más que en épocas en las que la austeridad era un fantasma del pasado. Ejemplo de ello es el titular de un periódico, que comparaba los recortes en sanidad y educación anunciados por el Gobierno en 2012 con la cuantía de los sobre costes del Ministerio de

⁴ P.-A. TREPTE, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁵ Art. 43 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Art. 72 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; art. 89 Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Fomento entre 2008 y 2014, ascendiendo ambos a cerca de 10.000 millones de euros⁶.

Aunque el fenómeno es internacional ya que ningún país escapa a la modificación de los contratos, España es, sin duda, un lugar apropiado para llevar a cabo un estudio como el que se presenta en este trabajo de investigación. No sorprende que Inmaculada Rodríguez Piñero, Secretaria General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento (2009-2011), afirmase que “el 98% de los contratos firmados por la Administración Central desde 1996 han sufrido modificados. Es cierto que hay hechos que no se pueden prever, como encontrarse con un yacimiento arqueológico, pero se ha convertido en una práctica habitual y eso no puede ser. Cuando en Europa hablas de la cultura de modificados que hay en España, no se lo pueden creer”⁷.

La modificación de los contratos es una figura problemática desde el mismo origen de la contratación pública patria, siendo muchas las soluciones adoptadas sin que se haya resuelto el problema. Pongamos un ejemplo real, basado en los hechos relatados por una reciente sentencia del Tribunal Supremo español⁸:

- 1) El 25 de noviembre de 2005 se formaliza un contrato de obra para la conservación, reparación y refuerzo de una autopista en favor de EOC DE OBRAS Y SERVICIOS SA., por valor de 6.757.709,40 euros, constando en el acta de replanteo “que se encuentran disponibles la totalidad de los terrenos necesarios para la normal ejecución de la obra”.
- 2) El 11 de octubre de 2006 la Dirección de la Obra, con la conformidad del contratista, eleva a la superioridad una propuesta de modificación para corregir aspectos del proyecto y de la obra. Propuesta complementada hasta en 4 ocasiones.
- 3) El 1 de agosto de 2008 se aprueba definitivamente el Modificado núm. 1 por un valor de 3.601.167,37 euros, esto es, un 53,28% del valor inicial.
- 4) El 15 de junio de 2009 finalizan las obras, que se reciben el 2 de septiembre de ese mismo año. Ello supone un retraso de más de 21 meses (un 88,5% más de tiempo, esto es, casi el doble de lo previsto).
- 5) El 15 de abril de 2010 EOC DE OBRAS Y SERVICIOS SA presenta escrito de reclamación de cantidad, solicitando la suma de 4.291.946,53 euros por la existencia de una retraso en el plazo de ejecución de las obras imputable a la Administración derivado de i) la no disposición inicial de todos los terrenos; ii) la necesidad de aprobar una modificación del contrato. El desglose es el siguiente:

⁶ MÉNDEZ, R., “Fomento ha pagado 10.000 millones por sobrecostes en obras en seis años”, *El País*, 11 mayo 2014.

⁷ DONCE, L., “Las obras públicas, a su precio justo”, *El País*, 27 agosto 2011.

⁸ STS, Sala Tercera, 01/10/2014 (EDJ.182651; MP: Nicolás Maurandi Guillén).

- a. Costes indirectos: 1.486.610,72 euros
 - b. Gastos generales: 966.227,35 euros
 - c. Beneficio industrial: 445.951,07
 - d. Daños y perjuicios: 601.855,76 euros
 - e. Intereses y actualización: 791.301,63
- 6) En caso de ser aceptado, la obra inicialmente prevista por 6.757.709,40 euros alcanzaría la suma de 14.650.823,30 euros, lo que supone un aumento del 116%

O en sentido similar el caso de la presa de Ibiur. Se adjudica contrato de obras a FCC el 29 de octubre de 2003 por un presupuesto de 26,5 millones de euros. Se firma acto de comprobación de replanteo el 1 de diciembre de 2003. El 8 de febrero de 2007 se aprueba el Modificado número 1 (5,2 millones de euros), y el 1 de agosto de 2008 se autoriza la redacción de un proyecto de obras accesorias. Apenas dos meses después se finaliza la obra, que se recibe el 25 de noviembre de 2008. Se aprueba un adicional por revisión de precios (5,2 millones), un adicional por obra (2,6 millones, que era el 9,99% del precio primitivo), y otro adicional por revisión de precios de 1,6 millones). En total, la certificación final, de fecha 3 de septiembre de 2009 recogía un importe agregado de 41,2 millones de euros. Es decir, que la obra se había encarecido un 55% respecto a su precio inicial. Además, FCC presenta reclamación con fecha de 15 de junio de 2009 por valor de 20,8 millones por sobrecostes durante la ejecución. De estimarse, el sobrecoste total del proyecto sería de más del 133%. Los órganos informantes reconocen algunas de las partidas, excepto el Consejo de Estado, que considera que debe desestimarse íntegramente por entender que i) los pliegos ya incluían alguno de los costes; ii) el contratista no discrepó durante la ejecución⁹.

Pensemos, por ejemplo, en un curso de e-learning que se contrata como contrato menor, pero que se considera insuficiente por lo que se solicita que se incorporen nuevas características ya que el trabajo inicial “no era la idea” que la DGT tenía del curso. Ese nuevo curso e-learning alcanza la cifra de 150.000 euros, en la mayoría de casos a través de facturas con importe menor a 18.000 euros. Señala la recurrente que “es posible que para el encargo del nuevo curso e-learning sobre seguridad vial la DGT no siguiera las formalidades y trámites legalmente establecidos, no obstante lo cierto y verdad es que se le hizo el encargo del nuevo curso y ejecutó el curso conforme al nuevo encargo, sin que la circunstancia de que el contratante no cumpliera con las formalidades exigidas para la adjudicación del nuevo contrato (o modificación del ya adjudicado) pueda servir de excusa para eludir el pago de un

⁹ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar.192625; MP: Juan Pedro Quintana Carretero).

trabajo efectivamente realizado en su beneficio ya que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para la Administración”¹⁰.

Dejemos el resultado de estos litigios a un lado y quedémonos con una práctica que es habitual: la existencia de diferencias entre el precio por el que se adjudicó el contrato y su coste total. Sin duda alguna, como señala el profesor GANUZA, se trata de un campo en el que “el margen para mejorar la gestión de la Administración es importante”¹¹.

En este trabajo se quiere presentar un problema concurrente en todos los sistemas de contratación. La modificación de los contratos no supone un problema endémico o típicamente español, a pesar de que se llega a asociar con la “marca España”. Esto, que puede también achacarse al pesimismo generalizado que se vive a raíz de la crisis económica e institucional, no se ajusta a la realidad, toda vez que la modificación de los contratos es un fenómeno global. Se observa no obstante una diferencia entre España y otros países: aquí no hay estudios empíricos suficientes para estudiar el problema, lo cual es síntoma de la cultura de la opacidad en la gestión de los asuntos públicos.

Y si la modificación de los contratos públicos encierra tantos problemas, ¿por qué no prohibir directamente esta práctica? La respuesta es que eso sería razonable. La modificación es una herramienta poderosa al servicio de los intereses generales, y ello lo convierte en una institución compleja y con muchas aristas. La modificación tiene también aspectos positivos, como por ejemplo el ahorro considerable de costes a la Administración en aquellos casos en que logra evitar una nueva licitación. Este trabajo se propone precisar cuándo la modificación de un contrato deja de ser una ventaja y se convierte en un problema.

Es más, en muchas ocasiones el contrato sufre variaciones menores que no superan el diez por ciento del valor presupuestado. Casos como el del ejemplo anterior, con una desviación tan abultada, no son un caso de laboratorio, pero tampoco son la norma. Puede parecerlo si nos fijamos en las noticias que se publican periódicamente en los medios de comunicación, pero en la mayoría de ocasiones la modificación no será tan escandalosa. Puede ocurrir incluso que se den modificaciones que no supongan un aumento o disminución porcentual

¹⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/03/2015 (Ar. 148611; MP:Fátima Arana Azpitarte).

¹¹ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, *Economía industrial*, 318, 1997, p. 121.

del valor, sino que afecten a otros parámetros más difíciles de medir. Incluso puede ocurrir que estemos ante aumentos de los costes verdaderamente justificados, como en el caso en que un contratista debe aumentar el número de efectivos protegiendo la obra ante las protestas ciudadanas que ésta levanta¹².

En definitiva, en las próximas líneas se estudiará la modificación de los contratos. Para ello primero se realiza un breve estudio de la necesidad de este trabajo doctrinal. Se ponen encima de la mesa algunos datos que demuestran que estamos ante un problema compartido por todos los países y que no ha sido resuelto.

Hecho lo cual se encuadra la investigación a través de la definición del concepto de modificación del contrato y las causas que la originan. Una vez que hemos analizado las causas se estudia cual ha sido la respuesta de los distintos ordenamientos frente al fenómeno de la modificación. Este análisis permite observar que existen varios modelos regulatorios. Entre ellos el trabajo se detiene analizando con profundidad el modelo de regulación español.

Por último, se analiza la solución que todos los ordenamientos coinciden en dar: la protección de la licitación original a través de la exigencia de que las modificaciones estén previstas –en la medida de lo posible– en la licitación inicial, y, a su vez, a través de la creación de conceptos jurídicos que impidan que la modificación del contrato sea, en términos jurídicos, una novación extintiva. Se estudian las consecuencias de esta solución dada y se plantean otras posibles soluciones pueden tener mayor impacto a la hora de solucionar el problema.

¹² Dictamen del Consejo de Estado, núm. 2738/2004, de 11 de enero de 2005.

CUESTIONES PRELIMINARES

A. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y EXCLUSIONES

A priori, el objeto de la Tesis es significativamente amplio: el fenómeno de la modificación objetiva de un contrato público. El hecho de estudiar un fenómeno, y no sólo una figura jurídica, supone que el objeto de la Tesis abarque instituciones diferentes. Son muchas las figuras que se ocupan de las variaciones entre un contrato inicial (lo que debería ser) y lo que realmente ejecutado (lo que es). A lo largo del trabajo se manejan conceptos como la modificación unilateral del contrato, el *factum principis*, la fuerza mayor, teoría del riesgo imprevisible, etc. Ahora bien, estas figuras se tratan sólo tangencialmente en la medida en que se relacionan con la modificación del contrato.

El trabajo se ceñirá a los **contratos del sector público**, si bien hay que tener en cuenta que muchos de ellos son hoy por hoy contratos privados.

Además, el trabajo se centra en las **modificaciones objetivas**, esto es, las que se refieren a modificaciones en el objeto del contrato, dejando de lado aquellas que se refieren a los sujetos. Aunque la cesión “supone la novación de la relación jurídico-contractual”¹³, y puede llegar a tener impacto en la licitación original, no se estudian aquí por varios motivos. En primer lugar, porque las modificaciones subjetivas no han planteado tantos problemas como las objetivas, al menos no tienen el impacto cuantitativo de las modificaciones objetivas, si bien sí existen, claro, supuestos muy interesantes como la modificación subjetiva en caso de insolvencia¹⁴. En términos generales tienen un régimen jurídico diferente al de la modificación objetiva. En España, por ejemplo, este diferente régimen jurídico tiene ahora reflejo en el artículo 105 TRLCSP, que excluye expresamente estas modificaciones del régimen general de la modificación. El régimen de la modificación objetiva suele ser más estricto que el de la modificación subjetiva. En general, las normas no plantean grandes impedimentos para la cesión del contrato a una empresa que goce de las mismas características y cumpla con las condiciones de aptitud establecidas, siempre que no se restrinja la competencia. Asimismo, la modificación del contrato se ha producido en España a través del instituto de la *potestas variandi*. Ha sido éste el que ha generado un conjunto de

¹³ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 157.

¹⁴ S. TREUMER, “Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 2014.

problemas que hoy se quieren atajar. Y a través de dicho poder unilateral no es posible modificar subjetivamente el contrato¹⁵.

Por otra parte, el trabajo excluye el régimen de la **modificación de los contratos en el ámbito de la defensa y la seguridad**. Este régimen en España se conforma por la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministros y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y seguridad fue traspuesta en nuestro Derecho a través de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Estas normas tienen el mérito de regular una parcela del ordenamiento hasta no hace mucho excluidas en el ámbito europeo¹⁶. Precisamente es en este ámbito donde las modificaciones contractuales son más habituales en la medida en que los bienes son muy específicos, siendo contratos que muchas veces incluyen el desarrollo mismo de los productos. Un buen ejemplo de ello es el análisis anual que lleva a cabo la National Audit Office en el Reino Unido (NACO por sus siglas en inglés) sobre los costes de los proyectos de defensa. El último, publicado en octubre de 2015 recoge un informe de todos los proyectos en curso¹⁷. En dicho estudio se establece que las estimaciones de todos estos proyectos pueden estar subestimadas en cerca de cinco billones de libras (cinco mil millones de libras según numeración continental).

B. OBJETIVOS, RETOS Y APORTACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación ha tenido que hacer frente a distintos retos que merece la pena poner ahora de manifiesto en tanto que ello tiene un efecto directo sobre los resultados. Además, se exponen aquí los problemas o retos por si las reflexiones pueden servir a futuros investigadores.

En primer lugar, pronto queda patente la dificultad para **acceder a la información** sobre la modificación de los contratos. Esta falta de información tiene su reflejo en la escasez de

¹⁵ Sobre la modificación subjetiva ver C. PADRÓS REIG, “Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 135, 2007.

¹⁶ Ver al respecto M. TRYBUS, *Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹⁷ National Audit Office, Major Projects Report 2015 and the Equipment Plan 2015 to 2025, 2015.

estudios empíricos. Es cierto que la situación es muy desigual y que no será lo mismo Estados Unidos -donde hay una larga lista de estudios- que en España donde apenas hay un estudio empírico que abarca un solo ejercicio¹⁸. Algunas instituciones sí tienen bases de datos, v.g. la base de carreteras del Banco Mundial ROCKS, pero por lo general los estudios se basan en trabajos individuales.

El factor más importante que evita una libre y accesible disponibilidad de los datos es la falta de transparencia. La transparencia parece ser un principio que se ha quedado estancado en la fase de adjudicación: formalizado el contrato todo aquello que acontece parece que sólo incumbe a las partes.

Pero, no sólo la falta de transparencia es responsable. También lo es la confidencialidad de los acuerdos y contratos objeto de las modificaciones. Habrá que encontrar fórmulas de compromiso que sean capaces de lograr un equilibrio entre los intereses enfrentados. Lo cierto es que sin datos no se pueden tomar decisiones ni evaluar políticas públicas. Por ejemplo, ¿cómo evaluar el contrato de colaboración público privada para la privatización de la gestión de un hospital si no conocemos el coste real que ello tiene año tras año, modificaciones del contrato incluidas?

Otro de los retos a los que se enfrenta la toma de datos en las investigaciones que abordan la modificación es la **heterogeneidad del fenómeno**. Al hablar de modificaciones del contrato se hace referencia a fenómenos que, estando relacionados, no son iguales ni deben recibir el mismo trato. ¿Acaso una modificación por fuerza mayor debe recibir el mismo trato que una provocada por el deseo de una mejora tecnológica? Esta heterogeneidad además tiene una manifestación a dos niveles, y no sólo en el plano conceptual. A *nivel geográfico*, cada sistema de contratación tiene unos objetivos distintos y responde a una realidad jurídica diferente. Por ejemplo, en el Reino Unido la contratación pública era hasta no hace mucho una cuestión puramente privada y con ello la modificación de los contratos de las entidades públicas. A *nivel objetivo*, la contratación pública engloba contratos cuyo objeto es muy diferente. Prueba de ello es la diferente regulación entre ellos, la diferente incidencia y atención recibida. Esto lleva a que una de las características de la cuestión objeto de estudio es su casuismo, es decir, que la elaboración de marcos teóricos generales no es sencilla y

¹⁸ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, *Economía industrial*, 318, 1997.

que su aplicación variará de un caso a otro. Por tanto, una solución teórica es compleja. La consecuencia inmediata de esto es que aumenta tanto la función del procedimiento como medio de estandarización como la labor de los agentes que intervienen.

La Tesis se enfrenta también a una polémica distinción: **deslindar lo jurídico de lo político**. No cabe duda que lo político tendrá un efecto directo en lo jurídico, pero si queremos superar el problema debemos separar ambos conceptos. Son dos los momentos en que lo jurídico y lo político se mezclan y, en ocasiones, se confunden. Por un lado en el momento de aprobar las normas tanto Parlamento como Gobierno transforman voluntad política en norma jurídica. Crean un marco que deberá ser observado por todos los operadores. Dicho marco, a pesar de la tecnocracia amenazante, rebosa en ideología, razones e intereses políticos. Un ejemplo claro de lo que aquí se afirma se encuentra precisamente en la contratación pública. Independientemente de si compartimos o no su argumento, Peter KUNZLIK elabora una interesante reflexión acerca de cómo el marco europeo de contratación pública no es sino otra manifestación de la política neoliberal de la Unión Europea¹⁹.

Otro momento donde lo político tiene un peso trascendental es en la toma de decisión de la Administración. En materia de contratación, por ejemplo, la decisión de contratar con el sector privado la provisión de un determinado bien o servicio, es una decisión que a día de hoy es absolutamente política sobre la que no hay unanimidad sobre sus efectos²⁰. Siguiendo ese hilo de razonamiento, la decisión de qué, cómo y a quién contratar también es a priori una decisión política. Dicha decisión, sin embargo, no disfruta de tanta libertad como la anterior: las normas jurídicas han ido encorsetando la discrecionalidad administrativa acerca de aquello que se debe contratar, a quién se debe contratar, y cómo se debe contratar. Ahora bien, la decisión que pone en marcha todo el procedimiento, aquélla que se gesta en el despacho de un Alcalde, un Consejero autonómico o de un Ministro es puramente política. Nos estamos refiriendo a la decisión de llevar adelante un proyecto. Y esto tiene que ver con la modificación en la medida en que dicha toma de decisión sea defectuosa y se pretenda sacar adelante el proyecto a toda costa, lo cual provocará modificaciones contractuales.

¹⁹; P. KUNZLIK, “Neoliberalism and the European Public Procurement Regime”, en Catherine Barnard, Albertina Albors Llorens, Marcus Gehring, Robert Schütze (eds.) *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012-2013*, vol. 15, Hart Publishing, Oxford, 2013.

²⁰ Un resumen de la bibliografía sobre externalización tanto respecto al sector privado como público en C. HARLAND; L. KNIGHT; R. LAMMING; H. WALKER, “Outsourcing: assessing the risks and benefits for organisations, sectors and nations”, *International Journal of Operations & Production Management*, vol. 25, 9, 2005.

Como se trata de una decisión que es política los mecanismos de control legal son más débiles. Pero que sean más débiles no significa que no existan. Un ejemplo claro lo vemos en el ámbito del urbanismo. La decisión de modificar un Plan General y crear ciudad es esencialmente política, pero con el paso del tiempo se han creado mecanismos que permiten someterla a cierto control jurídico.

El **objetivo último de esta investigación** es poner sobre la mesa soluciones jurídicas al problema, además de recoger las ya existentes. Ahora bien, para llegar a éstas, será preciso seguir un exigente proceso cognitivo en el que se tiene que dar respuesta a preguntas tales como: ¿cómo conceptualizar lo que se denomina “modificación de los contratos”? ¿Qué fenómenos pueden enmarcarse bajo esta definición? ¿Supone la modificación de los contratos un problema? Y si lo es: ¿cuál es su característica principal? ¿Cuáles son sus causas? ¿Qué impacto tiene? ¿Cómo se regula la modificación de los contratos en España y los países de su entorno? ¿Existe algún patrón o idea central que permita su clasificación? ¿Qué soluciones se han adoptado hasta ahora para solucionar el problema? ¿Qué requisitos jurídicos pueden contribuir a solucionar el problema? ¿Cuál es el rol del sistema normativo?

La investigación pondrá de manifiesto que no es sólo un problema práctico, sino que detrás de él se esconden cuestiones dogmáticas que entroncan no sólo con el sistema de contratación sino con la esencia misma del Derecho administrativo.

La aportación de este trabajo doctoral es doble. Por vez primera se acomete un estudio de la modificación de los contratos de manera integral y sistemática, conectando con otros elementos del sistema de contratación. Para llevarlo a cabo se debe abandonar la idea de que la regulación de la modificación se ciñe a los preceptos que expresamente la tratan. Debe adoptarse una visión integral e interconectada del sistema de contratación. Así, por ejemplo, cuando se aborda el estudio de las causas o factores que incentivan un mayor número de modificaciones se verá que no sólo tratamos la fase de ejecución, sino que abarcamos todo aquello que la rodea.

La Tesis lleva a cabo también una sistematización y categorización de las modificaciones contractuales. La tipología que ahora se presenta puede servir para desarrollar diferentes estudios sobre tipos concretos de modificaciones.

Además, se plantea por primera vez en Europa un estudio comparado de las distintas maneras

de regular la modificación. Es probable que en un corto espacio de tiempo presenciemos más estudios de este tipo en la medida en que las nuevas Directivas provocan que por vez primera muchos Estados se planteen cómo su vecino regula este campo. En el estudio comparado se identifican varios modelos regulatorios que ahora se presentan, si bien ya se avanza que las diferencias entre estos modelos son menores de las que se pueden imaginar *a priori*.

Por último, esta Tesis doctoral pretende ahondar en el estudio de un fenómeno que ya ha sido apuntado, el del establecimiento de regulaciones que limitan la capacidad de modificar los contratos. Este fenómeno tiene como principal consecuencia lo que hemos llamado “contractualización de la modificación” en la medida en que, en aras del respeto a licitación inicial, se está empujando a una nueva configuración del contrato inicial y, a medio plazo, a un nuevo paradigma de la contratación.

C. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA Y SUS LIMITACIONES

Hecha la introducción y planteados los objetivos y cuestiones a las que se pretende dar respuesta a lo largo de esta Tesis, es momento ahora de definir la metodología que se utiliza. O, más exactamente, de definir y explicar los métodos utilizados para dar respuesta a las preguntas planteadas. Se adelanta ya que en la presente Tesis se han seguido métodos diversos con la finalidad de abordar la cuestión desde todos los ángulos posibles. Se parte aquí de la premisa siguiente: siendo la modificación un problema cuyos orígenes pueden ser sociológicos e incluso políticos, el Derecho ha de jugar un papel decisivo en la solución del problema.

Dado que se trata de una Tesis jurídica, lo más razonable será observar el método jurídico. Si se siguiera un método jurídico puro se abrazaría la idea del sistema jurídico como un sistema autónomo. Será el caso, por ejemplo, del estudio que se hace de los preceptos sobre la modificación recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público, o en las Directivas europeas sobre contratación. Sin embargo, no se pueden obviar varios aspectos que por su importancia debilitan en cierta medida este acercamiento tan ortodoxo.

Por un lado, la asunción de que el motor que pone en marcha la maquinaria normativa tiene a la política por combustible, y a través de ella los elementos socio-económicos impactan de lleno en la realidad jurídica. De esta manera se resquebraja la autonomía del sistema jurídico,

pero también se asegura su dinamismo, y más importante, su utilidad como instrumento social. Por ejemplo, a lo largo de la tesis no se renuncia a estudiar la evolución histórica como explicación de la situación actual. Estamos con ROYO-VILLANOVA cuando afirmó que “[el jurista] necesita también explicar los antecedentes históricos, los problemas que pretende resolver la legislación vigente, los resultados que ha dado, los inconvenientes observados en nuestro país y en el extranjero, las reformas que podrían introducirse, etc. Todo esto ya no es Derecho puro, sino ciencia de la Administración”²¹.

Además, el acercamiento positivista se ve moldeado por el reconocimiento de los principios generales del Derecho como elemento vertebrador, más si cabe en el ámbito jurídico-administrativo, que es un derecho eminentemente principal. Realidad que ha sido asimilada al incluir en muchas normas primarias la idea de principios vectores. Dichos principios técnicamente no son más que conceptos jurídicos indeterminados que informan cada uno de los preceptos y que deberán ser interpretados caso a caso. En el ámbito de la modificación de contratos será necesario estudiar los principios que rigen la contratación y, muy especialmente, la fase de ejecución.

El casuismo al que ello empuja pone de manifiesto la importancia que tiene el dominar la jurisprudencia sobre el tema de estudio²². En este caso se estudian las decisiones de los Tribunales españoles, pero también los del resto de países de nuestro entorno seleccionados para el estudio. Por supuesto las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen una importancia especial al ser las que han moldeado el actual régimen de la modificación de los contratos. En este mismo sentido son también importantes las decisiones de otros operadores jurídicos, como los órganos administrativos, ya sean Tribunales contractuales u órganos consultivos.

Estas precisiones obligan pues a abandonar el método dogmático puro, que sería útil si de lo que se tratase fuera de analizar estrictamente la ley por la ley, la ley “como es”, prescindiendo de hacer cualquier valoración crítica que no fuese puramente jurídica. La complejidad del fenómeno de las modificaciones contractuales no permite adoptar sólo un enfoque jurídico puro que impediría profundizar en cuestiones como la razón final de la norma o sus efectos.

²¹ Cita leída en GARRIDO FALLA, F., *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961, p. 91.

²² Sobre importancia de jurisprudencia leer el prólogo de L. DíEZ-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1967.

Por ejemplo, la deficiente planificación como causa de la modificación no es una causa estrictamente jurídica, sino que tiene un alto contenido político y técnico. Por ello, pretender entender el problema y darle solución utilizando sólo las normas positivizadas, en caso de ser posible no es acertado. Estas preguntas sólo pueden abordarse a través de un estudio de la ley en su contexto, algo que se desvía de los cánones clásicos de los estudios jurídicos, si bien dichos cánones han sido en la práctica abandonados. Hoy más que nunca parece claro que la Ley es fruto de las circunstancias socio-económicas que la rodean, y como dice VAQUER CABALLERÍA “la dogmática jurídica no puede cerrarse a las restantes ciencias sociales, que investigan y explican el comportamiento de los sujetos y las relaciones que el Derecho ordena”²³. El presente trabajo, pues, analiza cómo ha sido estudiado el fenómeno desde el punto de vista de otras disciplinas²⁴.

En cierta manera se ha optado por seguir un método más flexible, como es el llamado método tópico –o método problemático. En éste, “el jurista arranca de la realidad social y de su fecundo casuismo. Aporta su profundidad científica y favorece el advenimiento de un Derecho positivo que debe estar en proceso de perfección permanente”²⁵. Para ello se siguen los siguientes pasos: i) Identificar un problema –o *aporía*-, sus términos y el marco en el que se plantea; ii) Identificar las posibles alternativas o actuaciones para solucionar el problema –los llamados *topoi*, que podrán ser formales, como las normas, o materiales, como los principios generales; iii) Seleccionar la solución idónea entre las viables – *endoxa*²⁶. En este caso el problema se identifica en la primera parte de la Tesis: el uso que actualmente se le da a la modificación de los contratos como amenaza al sistema de contratación. Más adelante se identifican las soluciones adoptadas en diversos ordenamientos, y se proponen otras nuevas²⁷.

²³M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, *Ius Publicum Network Review*, vol. 1, 2012, p. 6.

²⁴ Ello es reflejo del interés que muchas disciplinas han manifestado por la institución contractual. Así, por ejemplo, S. F. DEAKIN; J. MICHIE (EDS.), *Contracts, co-operation, and competition: studies in economics, management, and law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

²⁵GARCÍA AMADO, J.A., “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, n° 21, 1999, pp. 131.

²⁶ J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988., p. 76 y ss.

²⁷ Sobre el método tópico ver: T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, 1a. ed, Taurus, Madrid, 1986. “si toda la estructura jurídica se explica en razón de la necesidad de resolver problemas, es decir, casos concretos, entonces, la estructura total de la jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema. En atención a lo cual, sus elementos constitutivos (conceptos y proposiciones) permanecerán ligados a aquél de un modo específico y sólo a partir de dicho problema podrán ser comprendidos y resueltos. Estos conceptos y proposiciones deben ser articulados lógicamente en vinculaciones que permanezcan muy próximas al problema”.

El estudio que estas disciplinas llevan a cabo se integra en la Tesis como parte del discurso, enriqueciéndolo enormemente. Aunque se afirme que la modificación es un problema multidisciplinar, el autor de esta Tesis sostiene que la creación de disciplinas académicas no es sino una ficción intelectual que permite el avance del conocimiento. Obviamente, estas disciplinas no constituyen compartimentos estancos sino partes de un diálogo que versa sobre un mismo fenómeno. Esta multidisciplinariedad aumenta la complejidad del problema, pero también enriquece el presente estudio.

Sin embargo, la prudencia vuelve a ser virtud y no puede pretenderse un análisis profundo de cada uno de estos campos. Sería pretencioso y arriesgado desde el punto de vista científico tomar conceptos prestados de otras disciplinas sin tener la certeza de dominarlas. Por ello sólo dejaremos constancia del interés de otras disciplinas académicas por el tema, sin profundizar en ellas.

Además también se utiliza el método jurídico-comparado de carácter microcomparativo, esto es, la comparación de un aspecto determinado del sistema jurídico y su tratamiento en diferentes jurisdicciones. De esta manera se observa si este problema existe en otros ordenamientos y, eventualmente, ver cómo éstos le han dado respuesta. Se pretende establecer un diálogo entre distintas jurisdicciones, nacionales y supranacionales, pero también dentro de una misma jurisdicción –Derecho civil *versus* Derecho administrativo, regulación central *versus* regulación autonómica, etc. Si la modificación de los contratos no supone un problema en otras jurisdicciones es importante averiguar las razones de ello, sea porque existe una adecuada estructura legal o por otras razones ajenas a lo jurídico. Por el contrario, si se verifica que la modificación de los contratos es un problema compartido por otras jurisdicciones entonces habrá que estudiar cómo han tratado de darle solución esos sistemas y que efectos se han conseguido.

Ahora bien, como toda investigación jurídica que pretenda llevar a cabo un ejercicio comparado, deben tomarse ciertas precauciones. Primero, debe tenerse en cuenta el problema-polémica de los trasplantes legales²⁸. Segundo, hay que ser conscientes que la

²⁸ Autores están divididos sobre la posibilidad de transferabilidad. O. Kahn-Freund, “On uses and misuses of comparative law”, (1974), 37 *Modern Law Review* 1; A. Watson, “Legal transplants and law reform” (1976), 92 *The Law Quarterly Review* 79; P. Legrand, “The Impossibility of «Legal Transplants»”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997.

formación recibida como jurista en un lugar determinado tiene una gran influencia en el entendimiento de los problemas jurídicos. Ello afecta sin duda al estudio de las realidades y circunstancias que se dan en otro sistema jurídico.

En todo caso, el ejercicio de Derecho comparado no debería descartarse bajo la prejuiciosa premisa de la gran diferencia de sistemas jurídicos. Como señala AUBY, los sistemas se enfrentan a los mismos problemas y lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar²⁹. Este estudio de Derecho comparado cobra mayor importancia si tenemos en cuenta que la Unión Europea ha confirmado en las Directivas de 2014 el camino iniciado por el Tribunal de Justicia: la regulación a nivel europeo de la modificación de los contratos públicos. Los distintos sistemas aquí estudiados deberán adaptarse ahora a estas normas.

Como paso necesario para afrontar el estudio de Derecho comparado debe ahora justificarse la elección de las jurisdicciones así como plantear su sistema de fuentes en relación a la contratación.

- **España.** España es el país central de la Tesis, pero su elección no sólo responde al hecho de ser ésta una Tesis defendida en una Universidad española. Como se pondrá de manifiesto más adelante, la modificación de los contratos ha sido uno de los problemas más importantes de la contratación pública desde el mismo nacimiento del contrato administrativo. Desde el siglo XIX se ha intentado poner coto a las alteraciones del contrato inicial. No deja de ser llamativo como tras tanto tiempo y tantas normas sobre contratación pública todavía no se haya dado respuesta adecuada a este hecho.

En España, los aspectos básicos de la contratación pública se regulan a través de una norma con rango de ley y de carácter estatal. En la actualidad la legislación vigente es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante). Habrá que estar pendiente de la aprobación de un nuevo texto en 2016 en la medida en que el Gobierno ha publicado un borrador de anteproyecto.

- **La Unión Europea.** Si bien hay que considerar el Derecho de la Unión Europea como parte

²⁹ J.-B. AUBY, “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, Spr, 2007., p. 57.

del Derecho nacional de cada uno de los Estados Miembros, en la presente Tesis también se estudia el Derecho europeo como sistema por sí mismo. La razón para ello es analizar qué ha empujado a la Unión a legislar sobre el tema de los modificados, algo impensable al aprobarse las primeras Directivas. Pensemos por un momento que la modificación de un contrato se enmarca dentro de la fase de ejecución de un contrato, fase que es tradicionalmente objeto de normas de Derecho privado muchas veces centenarias.

Las normas europeas aquí tratadas son el paquete de Directivas de 2014³⁰, si bien hay que estar a la posible aplicación del Derecho originario.

- **Francia.** Francia es un país interesante por la influencia decisiva que ejerce en el desarrollo del Derecho Administrativo de corte continental³¹ y en el del contrato administrativo en particular (*contrat administratif*). Puede resultar interesante conocer cómo ha abordado esta jurisdicción la regulación de los modificados. No hay que olvidar que la legislación francesa en materia de contratos data de 1833, siendo desde entonces la licitación pública el método elegido para proveer bienes y servicios al Estado central³².

Hoy los contratos en el país galo se regulan a través de la Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, que transpone las nuevas Directivas. Esta norma se aplica íntegra a los contratos cubiertos por las Directivas, y sólo parcialmente para los contratos que no alcance los umbrales comunitarios, a los que se les aplica lo que se denomina “procédure adaptée” – procedimiento que determina el comprador siempre respetando los principios del artículo 1.

Sin embargo, con la nueva norma el país galo no se ha limitado a trasponer las nuevas Directivas, y ha acometido una revisión importante de la legislación. Son varios los puntos que interesan al respecto. En primer lugar, como se ha dicho, viene a trasponer las nuevas

³⁰ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

³¹ Es interesante la discusión sobre el papel del Derecho francés en el origen del Derecho Administrativo en España. Ejemplo de discusión en GALLEGO ANABITARTE “Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho Administrativo Español”, en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo en España*, Madrid: INAP, 2001, p. 75.

³² Ley de 31 de enero de 1833, cuyo artículo 12 es desarrollado por el Decreto de 20 de noviembre de 1836 y por Ordenanza de 4 de diciembre de 1836. Cfr. J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.; y <http://www.cabinet-riche.com/articles/tradition-caractere-reglementaire-marches-publics.htm>.

Directivas 2014/24 y 2014/25, no así la 2014/23. En materia de concesiones ya se ha aprobado la ley que permite al Gobierno trasponer la Directiva correspondiente a través de otra Ordenanza (art. 209 de la Loi n°2015-990 du 6 août 2015, llamada “Ley Macron”, tomando el nombre del actual Ministro de Economía y Finanzas francés, el enarca Emmanuel Macron). No olvidemos que hasta la Ley Sapin de 1993 las concesiones de servicios se adjudicaban de manera directa y sin concurrencia alguna³³. En segundo lugar, simplifica el régimen francés de contratación pública. Deroga el *Code des marchés publics* de 2006 (CMP, en adelante)³⁴, así como la norma encargada de regular los contratos de colaboración público-privada³⁵, y la norma sobre contratación en sectores excluidos³⁶. Así pues, se simplifica la situación normativa existente hasta la fecha. En tercer lugar, permite afinar algunos puntos de la ley que afecta a los contratos de obra pública³⁷. En todo caso, la propia norma aplaza su entrada en vigor a una que será fijada reglamentaria, y que no podrá ser posterior al 1 de abril de 2016 (art. 103.1). Por tanto, estudiaremos aquí el régimen anterior a dicha norma.

- **Reino Unido.** Si en el caso de Francia su estudio interesa por ser origen de muchas instituciones del Derecho Administrativo continental, el estudio de la modificación en el Reino Unido puede interesar por ser justamente lo contrario, una jurisdicción en la que el Derecho Administrativo ha tenido un despegue relativamente reciente, donde la contratación pública es todavía hoy una disciplina mayoritariamente regulada por el Derecho privado. A diferencia de lo que ocurre con otros sistemas de contratación pública, el sistema inglés tradicionalmente no ha recurrido a la legislación como mecanismo para asegurar la consecución de los objetivos de contratación. Aunque siempre han existido normas que contenían provisiones sobre contratación, no puede hablarse de un cuerpo normativo como tal, sino más bien de una “complicada mezcla de directrices gubernamentales, legislación doméstica y normas europeas”³⁸.

Desarrollado con más detalle en otro lugar³⁹, el régimen de la contratación inglesa sigue las

³³ Loi 93-122 du 29 janvier 1993

³⁴ Décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics; código que era el último en una serie de códigos aprobados desde que en 1972 se adoptara el primero, que a su vez codificó varias normas de los años 60 al respecto.

³⁵ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

³⁶ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

³⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

³⁸ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008., p. 33 (traducción propia); al tratarse de un sistema de common law, cuando se habla de “domestic law” se hace referencia también a la jurisprudencia.

³⁹ X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Tutela judicial y sistema de recursos en la contratación pública inglesa”,

siguientes líneas maestras. En primer lugar, las normas derivadas de la transposición de las Directivas europeas, que inicialmente se transpusieron como meras directrices⁴⁰, pero más tarde se aprobaron “regulations” (normas aprobadas por el Gobierno)⁴¹. Las normas vigentes hoy son las Public Contracts Regulations de 2015 (PCR en adelante)⁴² y regulan los contratos cubiertos por las Directivas. Por debajo de dicha regulación se abre un abanico de normas sectoriales que contienen disposiciones de contratación propias –la Transport Act, las Local Government Act, la Transfer of Undertaking Protection of Employment Regulations S.I 2006/246 (en adelante TUPE) que es la norma que transpone la Directiva 2001/23 sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores; o la National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No.2) Regulations SI 2013/5. Dichas normas fijan obligaciones determinadas que los órganos de contratación deben observar⁴³. En tercer lugar, las directrices y recomendaciones que, englobadas bajo el epígrafe de “informal guidance”, forman quizá la parte más importante del Derecho inglés de los contratos públicos⁴⁴. Los únicos elementos de Derecho público que guían la contratación bajo el sistema tradicional son las directrices (“administrative directions”) y recomendaciones (las formales “circulars” o las más informales “guidelines”) que emitían los órganos administrativos correspondientes. Ambas figuras son consideradas mero derecho indicativo (o “soft law”) y no vinculan a sus receptores ni otorgaban derecho alguno⁴⁵. Ello permite a los órganos de contratación gozar de un alto grado de discrecionalidad administrativa.

Además de estas directrices, otro mecanismo muy utilizado es el de los modelos o plantillas (“standard terms” o “standard form contracts”)⁴⁶, que permite aplicar de manera objetiva la

Revista de Administración Pública, vol. septiembre-diciembre, 195, 2014.

⁴⁰ Ver S. ARROWSMITH, “Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement”, en P. P. Craig, Carol Harlow (eds.) *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, London, 1998.

⁴¹ Public Works Contracts Regulations 1991; Public Supply Contracts Regulations 1991; Public Services Contracts Regulations; 1993; Utilities Works and Supply Contracts Regulations 1992.

⁴² Sustituyen a las Public Contracts Regulations 2006, S.I. 2006/5 y la Utilities Contracts Regulations 2006, S.I. 2006/6.

⁴³ Por ejemplo, ésta última obliga a la NHS a actuar de manera transparente, proporcionada y a dar un tratamiento igualitario a los proveedores con los que trate.; Ver S. SMITH; D. OWENS, “New procurement legislation for English Healthcare Bodies - The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No.2) Regulations 2013”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2013.

⁴⁴ Rasgo que le diferencia por ejemplo del sistema americano donde se ha adoptado un denso conjunto normativo cuyo máximo exponente es el Federal Acquisition Regulation (FAR); al respecto J. CIBINIC; R. C. NASH; C. R. YUKINS, *Formation of government contracts*, 4th ed, George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, DC, 2011.

⁴⁵ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., p. 35 considera que sí son vinculantes en tanto que quién no quiera aplicarlas deberá explicar y justificar el porqué. Ello lleva a que en la práctica, al menos en el Gobierno central, las directrices se apliquen.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 6; el autor defiende un modelo de contratación basado en plantillas o standards que permitan orientar a las entidades y suplir las carencias que, según él, la regulación general contiene.

experiencia acumulada en contratos anteriores. Por ejemplo, el 3 de marzo de 2014 a través de la Procurement Policy Note 4/14 (en adelante PPN) “Contracting for Value - Model Services Contract”, se aprobaba un nuevo modelo de contrato de servicios⁴⁷.

Además, en línea con la pérdida de discrecionalidad de las entidades contratantes, hay que tener en cuenta que el 26 de marzo de 2015 se aprobó la Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, en cuya Regulation 39 se establece que el Gobierno puede imponer obligaciones sobre órganos de contratación, tanto para la preparación como para la ejecución de los contratos⁴⁸. Se prevén también poderes de investigación.

- **Estados Unidos.** Dentro de la tradición jurídica anglosajona hay un país que interesa sobremanera. Se trata de los Estados Unidos. Interesa precisamente por su densa regulación sobre la materia. En Estados Unidos no existe una norma de contratación común para todos los Estados sino que cada uno aprueba su propia normativa. Sin embargo, sí existe una norma para la contratación a nivel federal. Se trata de la Federal Acquisition Regulation (FAR en adelante), norma que se encuentra recogida en el Título 48, Capítulo 1 del Code of Federal Regulations. Hay que tener en cuenta que aunque la norma vino a homogeneizar la regulación a nivel federal, lo cierto es que hay agencias que están expresamente excluidas de su aplicación y tienen una normativa particular (quizá el ejemplo más importante es la Federal Aviation Administration).

Uno de los pilares de la norma de adquisiciones se aprobó en 1984 y es el llamado Competition in Contracting Act (CICA en adelante). La norma trajo consigo importantes novedades. No sólo establecía los métodos competitivos como métodos por defecto en la adquisición de bienes y servicios por parte de las agencias. También introdujo la suspensión automática en caso de recurso ante la Government Accountability Office (GAO)⁴⁹.

Antes de la entrada en vigor de la Contract Disputes Act (1978) las cuestiones surgidas dentro del contrato se resolvían en la Board of Contract Appeals de la agencia contratante. Si se trataba de una cuestión extracontracual –y muchos cambios lo eran-, sólo se podía acudir a la vía ordinaria en base a una acción por incumplimiento de contrato (“breach of contract”). Eso

⁴⁷ Dicho modelo puede ser consultado en <https://ccs.cabinetoffice.gov.uk/about-government-procurement-service/contracting-value-model-services-contract> (accedido el 1 de abril de 2014).

⁴⁸ Reg. 39(2) Small Business, Enterprise and Employment Act 2015: “For the purposes of this section “the exercise of functions relating to procurement” includes the exercise of functions in preparation for entering into contracts and in the management of contracts”.

⁴⁹ Antes de 2004 se llamaba General Accounting Office, con las mismas iniciales. El origen de este órgano se remonta a comienzos del siglo XX y tiene como función el control de todo gasto federal.

ya no es así. A la hora de impugnar una decisión en materia de contratación en el nivel federal se puede acudir a dos vías distintas⁵⁰. La Contract Disputes Act permite acudir a la Court of Federal Claims (CFC)⁵¹ o a la Board of Contract Appeals de la agencia en cuestión, estando hoy casi todas unificadas en la Civilian Board of Contract Appeals (CBCA en adelante)⁵², un tribunal administrativo independiente que resuelve las cuestiones entre el Gobierno Federal, sus agencias y los contratistas⁵³. Las decisiones de estos órganos se pueden apelar en la Court of Appeals for the Federal Circuit. Esta apelación dará por terminado el procedimiento de revisión judicial a no ser que se trate de un caso que pueda ser revisado por la Supreme Court (para lo cual se utiliza el sistema de *certiorari*).

A nivel administrativo también se puede acudir la GAO cuando se trate de una mala utilización de los fondos públicos. Dentro del GAO existe una sección dedicada a resolver ciertas reclamaciones de los contratistas (“bid protests”) reguladas en la Bid Protest Regulations 4 CFR 21⁵⁴. Los límites para plantearlo son reducidos y su planteamiento supone la suspensión del procedimiento o de la ejecución. En 100 días el órgano deberá resolver. Ahora bien, este organismo no suele inmiscuirse en la fase de ejecución del contrato y sólo entra a estudiar las modificaciones cuando éstas se pueden considerar auténticos nuevos contratos o si afectan a la licitación inicial⁵⁵.

D. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO: LA MODIFICACIÓN COMO PROBLEMA ACTUAL Y SU IMPACTO

a. El impacto de la modificación: consecuencias positivas y negativas de la modificación

i. ¿Es la modificación de los contratos un problema?

En términos generales cuestionarse el porqué de cualquier norma es un ejercicio necesario

⁵⁰ Ver al respecto M. SCHAENGOLD; R. BRAMS, “Choice of Forum for Government Contract Claims: Court of Federal Claims vs. Board of Contract Appeals”, *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 17, 2008.

⁵¹ Se trata de un órgano cuyos miembros los propone el Presidente, los confirma el Senado por un mandato de 15 años. Tienen un perfil menos técnico que el del Board ya que no se exige que sean especialistas en contratación.

⁵² Hasta 2007 esta función se realizaba por el General Services Board of Contractual Appeals (GSBCA). Hay agencias como la NASA o el Departamento de Defensa que mantienen su propia Junta –esta última es la Armed Services Board of Contract Appeals (ASBCA) y se cita mucho en los trabajos estadounidenses). Sobre la historia de la Board of Contractual Appeals ver J. K. SOMERS, “The Board of Contractual Appeals: A Historical Perspective”, *American University Law Review*, vol. 60, 4, 2011.

⁵³ Se rigen por la Contract Disputes Act, 41 U.S.C. §§ 7101-7109 ; Se centraliza así la función que llevaban a cabo distintas Juntas en cada uno de los Departamentos.

⁵⁴ <http://www.gao.gov/legal/> (accedido en agosto de 2015).

⁵⁵ R. J. PREVOST, “Contract Modification vs. New Procurement: An Analysis of General Accounting Office Decisions”, *Public Contract Law Journal*, vol. 15, 1985.p. 456.

si se quiere profundizar en su estudio. Las normas jurídicas, cualquiera de ellas, no son más que un intento de regular las relaciones entre distintos intereses. Por tanto, hay que preguntarse por qué existe una regulación sobre la modificación de los contratos públicos. *A priori* debemos asumir que existe porque en un momento dado se consideró que era necesaria. Y presumimos también que la regulación devino necesaria porque la modificación de los contratos públicos era un problema en la relación entre los intereses en juego. Para ello debemos saber en qué medida la modificación de los contratos públicos es un problema y si acaso no es evitable.

La respuesta a esta cuestión no es fácil ya que es un **fenómeno muy heterogéneo**. Ahora bien, en esta primera parte del estudio debe afirmarse que la modificación no siempre será un problema, sino que en ocasiones emerge como única solución a sucesos anómalos en la ejecución de un contrato. Hay autores que lo ven como una relación en la que hay ganadores y perdedores⁵⁶, mientras otros lo ven como una relación donde ambos salen ganando⁵⁷. El casuismo en este ámbito es considerable y habrá que estudiar cada caso individualmente para conocer en qué situación nos encontramos.

Resulta necesario hacer una distinción cualitativa, ya que no toda modificación puede considerarse un suceso negativo en la vida de un contrato. No es lo mismo una desviación menor en el presupuesto de un contrato debido a una situación imprevista e inevitable a la que debe hacerse frente para salvar el proyecto, que una modificación del 100% consecuencia de errores en el proyecto inicial o consecuencia de un precio de adjudicación extremadamente bajo. Por desgracia ejemplos como la construcción de un edificio de 15 plantas sin ascensor o la construcción de una carretera cuando el proyecto inicial decía ferrocarril pertenecen a la vida real⁵⁸. Ello no quita para que no se den supuestos en los que, a pesar de realizarse estudios e informes técnicos sobre patología estructural de un edificio, surjan obstáculos que sólo se puedan conocer a medida que avanza la obra⁵⁹. Por tanto, dado que estamos ante casos heterogéneos la respuesta del ordenamiento debe ser distinta a todos los niveles, al menos eso se defiende a lo largo de la presente Tesis, donde se hace hincapié

⁵⁶ A. ESTACHE, "PPI Partnerships vs. PPI Divorces in LDCs", *Review of Industrial Organization*, vol. 29, 1-2, 2006.

⁵⁷ J. DE BRUX, "The Dark and Bright Sides of Renegotiations: An Application to Transport Concession Contracts", *Utilities Policy*, vol. 18, 2010.

⁵⁸ Así, Dictamen Consejo de Estado de 8 de junio de 1967.

⁵⁹ Dictamen del Consejo de Estado, 88/2005, de 17 de marzo de 2005.

en el deslinde de figuras similares.

Por supuesto esta diferenciación entre unos casos y otros no debe llevar a la precipitada catalogación de “modificaciones buenas” y “modificaciones malas”. Es más correcto hablar de los efectos de la modificación. Será ese efecto, ese impacto, esas consecuencias de la modificación lo que debe estudiarse, medirse y regularse. Y medir las consecuencias no es sencillo ya que son muchos los agentes implicados. Pensemos por ejemplo en un contrato de suministro de equipos informáticos y software en el que se decide solicitar del contratista una mejora que permita sincronizar los ordenadores con un sistema central de información –sin estar ello previsto en el contrato; esta modificación tendrá efectos positivos en el funcionamiento de la Administración y quizá en nada hubiera alterado la licitación. Por otro lado, supongamos ahora que un municipio contrata el servicio de ambulancias con una empresa privada y estando en vigencia el contrato decide compartir ese servicio con el municipio colindante en virtud de un convenio interadministrativo. Posiblemente ello reduzca los gastos de ambos municipios, pero implica una modificación del contrato cercana al 100%, lo cual adultera por completo la licitación realizada originariamente. Así pues, será necesario realizar un test de conveniencia sobre si debe o no llevarse a cabo la modificación.

Además, la modificación (su abuso) es un problema que no siempre tiene los mismos efectos. Hay una serie de factores que parecen influir en la consideración de la modificación como un problema⁶⁰. A continuación se exponen algunos ejemplos.

La dimensión del sobrecoste. Parece una obviedad afirmar que no es lo mismo una modificación del 2% que una del 50%. Muchos sistemas regulan de manera diferente unas y otras. Normalmente se establecen porcentajes máximos y diferentes procedimientos de aprobación según dichos porcentajes, o porcentajes indicando qué debe considerarse una desviación sustancial. Esta dimensión no sólo se mide en términos de magnitud (cualitativos), sino también de cantidad (cuantitativos). Por ejemplo, cuando un mismo contrato sufre 25 modificaciones debe entenderse que el marco inicial no es válido⁶¹.

⁶⁰ Al respecto ver O. DEKEL, “Modifications of a Government Contract Awarded following a Competitive Procedure”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, 2008.

⁶¹ STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27/09/2001 (Ar.77305; MP: José Luis López-Muñiz Goñi): “En el caso que nos ocupa, el contrato inicial de fecha 8 de febrero de 1988, se ha modificado 25 veces, según manifiesta el propio Ayuntamiento, incluso, se modifica el contenido, por cuanto se desgaja del contrato inicial, recogida de todos los residuos sólidos, la recogida del papel”.

La causa que provoca la modificación. Habrá determinadas causas que estén más justificadas que otras. Muchos sistemas de contratación son más permisivos con la idea de una las alteraciones provocadas por sucesos imprevisibles que por las que pretenden sólo una mejora del objeto del contrato. En ocasiones, se introducen listados de circunstancias que si se cumplen permiten realizar el modificado.

El bien o servicio demandado. Cuando el producto o servicio está estandarizado será más difícil justificar la modificación de un contrato en tanto que la información del mercado está al alcance de la entidad adjudicadora. En ese caso la fijación de un precio fijo - total o unitario - suele solucionar el problema. Por el contrario, cuando se trata de un bien no estandarizado es más difícil prever el resultado final. Es el caso de la obra civil o del equipamiento militar, que normalmente se caracterizan por su particularidad. Esa particularidad influencia el diseño del contrato lo que a su vez tiene un impacto decisivo en la probabilidad de modificación del contrato⁶². En la literatura económica se considera que una línea de investigación interesante es aquélla que vincula el grado de satisfacción en la ejecución del contrato con la naturaleza del bien o servicio demandado. Especial atención merece la envergadura del proyecto. JAHREN y ASHE en 1990 consideran el tamaño del proyecto como factor clave⁶³.

El horizonte temporal del contrato. Esto es, que a mayor plazo de ejecución del contrato existirá mayor probabilidad de necesitar ser modificado. Así, LEWIS⁶⁴ y ARVAN Y LEITE⁶⁵ tienen en cuenta el marco temporal y aseguran que normalmente se produce una escalada de costes, esto es, una tendencia a que los sobrecostes se den en las fases finales del contrato, cuando la Administración ya está atrapada en el contrato. Como dice KLEIN “cuanto mayor sea el plazo de una concesión, más irrelevante será lo acordado en la ejecución respecto a la vida total de dicha concesión”⁶⁶.

Además, dentro del propio contrato pueden existir diferencias en el sentido de que a medida

⁶² Y. KIM; T. . BROWN, “The importance of contract design”, *Public Administration Review*, vol. 72, 5, 2012.

⁶³ C. JAHREN; A. ASHE, “Predictors of cost-overflow rates”, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 116, 3, 1990.

⁶⁴ T. R. LEWIS, “Reputation and Contractual Performance in Long-Term Projects”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 17, 2, 1986.

⁶⁵ L. ARVAN; A. P. N. LEITE, “Cost overruns in long term projects”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 8, 3, 1990.

⁶⁶ M. KLEIN, “Rebidding for concessions”, *Public policy for the private sector ; Note no. 161*, 1999.

que se avanza en la ejecución del contrato hay más posibilidades de que ocurran modificaciones⁶⁷. Y sin embargo, si se prevé que vuelva a licitarse nuevos contratos, quizá el comportamiento del contratista sea otro más beneficioso para la entidad adjudicadora.

El acuerdo entre las partes puede también influir a la hora de considerar la modificación como un problema. La posible colusión entre contratista y Administración desaparece cuando una de las partes no está conforme con la modificación y la combate. Si la discusión se acaba sometiendo a escrutinio judicial entonces la posibilidad de modificación irregular es reducida. En el propio litigio se depurarán los pagos que deban realizarse. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el contratista suele reclamar cuantías una vez ha terminado de ejecutar el contrato, y cuando ya no puede debatirse acerca del modificado.

Una vez que nos hemos aproximado a la cuestión de cuándo la modificación se convierte en un problema es necesario preguntarnos si se trata de un problema inevitable. Si así fuera, la **solución más sencilla sería sin duda prohibir toda modificación**. Una solución que, si fuera posible (o mejor, deseable), implicaría la innecesariedad de este trabajo de investigación. Ahora bien, en principio la modificación del contrato es una herramienta importante para mejorar el propio contrato o para la Administración a la hora de dar cumplimiento a los principios que rigen su funcionamiento. No es raro escuchar que la solución a los problemas de la modificación pasa por la aplicación del brocardo latino *pacta sunt servanda*. Desde esa posición intelectual es sencillo defender que el problema tiene solución y que es fácilmente evitable: simplemente bastaría con prohibir que se aprobara cualquier alteración respecto el proyecto licitado. Ahora bien, si se pretende defender esta postura es necesario ser consciente del coste que ello supone para el Erario público, *ergo*, para el dinero de los contribuyentes. En muchas ocasiones la consecuencia de no modificar las condiciones iniciales de un contrato es la suspensión de éste o, en el peor de los casos, su terminación.

Curiosamente, juristas y economistas se ponen de acuerdo en que la modificación de un contrato público es inevitable⁶⁸. En España, GANUZA, por ejemplo, afirma que “no es posible ni tampoco deseable eliminar completamente los sobrecostos de las obras públicas”

⁶⁷ T. R. LEWIS, “Reputation and Contractual Performance in Long-Term Projects”, cit., p. 141.

⁶⁸ H.-J. PRIESS; S. SAUSSIER, “Dialogue”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, Abingdon, 2013 (The economics of legal relationships). p. 156.

ya que pueden ser usados de manera estratégica para reducir el precio de la subasta y su reducción llevaría consigo costes de transacción, v.g. inspecciones⁶⁹.

Además, desde la óptica del Derecho Administrativo cabe preguntarse si puede la Administración negarse a llevar a cabo cualquier modificación o si, por el contrario, hay modificaciones a las que está obligada. En el presente estudio se parte de la idea de que la Administración no puede negarse a llevar a cabo determinadas alteraciones de las condiciones iniciales. Es el caso del desequilibrio económico del contrato, que debe mantenerse a lo largo de la vida de éste. Incluso el propio interés general que guía la actuación de la Administración suele actuar como gatillo de modificaciones a las que la Administración no podría renunciar si quiere satisfacerlo.

Tampoco debe renunciar a un instrumento que bien utilizado le dota de gran flexibilidad. Es decir, la modificación es una figura que no puede ser suprimida de manera absoluta, sino que debe ser modulada y, sobre todo, controlada, con el fin de amortiguar sus efectos negativos que se producen cuando se abusa de ella. La idea de *equilibrio de intereses* debe estar presente cuando se habla de la modificación.

En definitiva, la modificación no siempre es un fenómeno con efectos negativos y el análisis debe llevarse a cabo caso por caso. Precisamente, el objetivo de cualquier regulación es establecer límites que hagan más fácil la distinción entre una modificación admisible de otra que no lo es.

El problema surge cuando la modificación no es la respuesta a un problema imprevisible y coyuntural sino la solución previsible a un problema estructural. En efecto, lo que convierte a la modificación de los contratos públicos en un fenómeno negativo es el sistemático mal uso –y abuso– que se hace de ella. El sistema de contratación en su conjunto ha permitido, incluso potenciado, que la modificación sea un hecho habitual en la vida de un contrato público⁷⁰. En aras del interés público se crea un sistema de incentivos cuya consecuencia

⁶⁹ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

⁷⁰ L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª, Civitas, Madrid, 2004., p.576; En el mismo sentido se pronuncia J. VÁZQUEZ MATILLA, “La Modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 161, Número Extra, 2013., p. 555.

última es la pervivencia del fenómeno en nuestro sistema de contratación. Ocurre que la modificación de los contratos se ha convertido en el mecanismo habitual a través del cual se compensa un proyecto deficiente o una oferta de licitación extremadamente agresiva. Hoy, se puede afirmar que estamos ante un problema que el propio sistema no sólo no impide sino que incluso fomenta.

A continuación se examinan las razones por las que la modificación se considera un problema es decir, el impacto negativo de la modificación. Pero también se estudia por qué no es aconsejable adoptar la solución que propugna el eliminar la modificación de raíz, esto es, el impacto positivo de la modificación.

ii. Impacto sobre los fondos públicos: el gasto público y los fondos europeos.

La preocupación por los fondos públicos ha sido una constante desde la instauración del Estado liberal. En todo el mundo las preocupaciones financieras han marcado desde su inicio la regulación de los contratos. Desde muy temprano la protección de los fondos públicos a través de la contratación se estructura mediante un conjunto muy diverso de mecanismos. Desde el método de adjudicación hasta medidas como la verificación de existencia de consignación presupuestaria o los controles realizados por la Intervención. Además, se han ido configurando principios con gran trascendencia para la fase de ejecución del contrato y cuya inspiración hay que encontrarla en el buen uso de los fondos públicos. Así, el “precio cierto” o el “riesgo y ventura” responden a esas preocupaciones, que nacen a su vez de una desconfianza frente al contratista⁷¹.

Una vez que se establecen los sistemas de contratación y adquieren la misión de velar por el buen uso de los fondos públicos, todo lo que suponga excepcionarlo arrastra la sombra de la sospecha, v.g la adjudicación directa. Ahora bien, el avance de prácticas más flexibles fue imparable. Como señalan VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, la rigidez del principio limitativo de la partida presupuestaria se irá quebrando paulatinamente como “consecuencia de la necesaria flexibilización de las técnicas financieras de la Hacienda Pública”⁷².

⁷¹ Sobre esta evolución ver J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato de Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.; G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, 1a. ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

⁷² J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004., p. 537.

Principalmente por los créditos automáticamente ampliables, partidas alzadas, errores de cálculo en la baja propuesta e imposible rescisión, la doctrina de las sujeciones imprevistas o implícitas en los proyectos modificados y contradictorios, o la atomización del riesgo y ventura en el precio unitario.

Lo cierto es que si hay algo que preocupa a todos los Estados por igual respecto de la modificación es precisamente su impacto sobre los fondos públicos. El potencial efecto distorsionador sobre la licitación inicial interesa a algunos. Su impacto sobre los fondos públicos a todos. Con el paso del tiempo estos dos elementos se han disociado. Siguen teniendo una relación muy estrecha ya que en teoría la licitación es el medio para la mejor protección de los fondos públicos, pero ahora también sirve como medio para proteger otros principios como el de igualdad de acceso.

La modificación del contrato supone alterar aquello que se pactó persiguiendo el buen uso de los fondos públicos. Es por ello que se considera que la modificación de los contratos podría tener impacto en la planificación del gasto público⁷³ en la medida en que altera las obligaciones de gasto del sector público, unas obligaciones nacidas para cubrir unas necesidades concretas y previamente aprobadas. No olvidemos que la Administración tiene la capacidad para gastar que le atribuyen los presupuestos generales. Dichos presupuestos distribuyen unos fondos limitados, materializando las preferencias políticas de los ciudadanos. Para dar cumplimiento a esas preferencias se celebra un costoso procedimiento de adjudicación con el único fin de que la Administración obtenga la mejor prestación posible gracias a las características del propio procedimiento (libre concurrencia, competición, e incluso en ocasiones negociación). Ese procedimiento teóricamente concluye adjudicando el contrato a la mejor oferta, y esto no es más que aquella económicamente más ventajosa (relación calidad-precio). Sin embargo, durante la ejecución del contrato toda modificación que se introduzca se hará sin seguir procedimientos de aquéllas características, con lo que no puede garantizarse, a priori, que la solución adoptada sea la mejor.

Otra visión más favorable a la modificación es posible. Imaginemos un ente adjudicador que necesita de un contratista para levantar un edificio relativamente estandarizado; para ello

⁷³ Sobre gasto público ver BAYONA DE PEROGORDO, “Notas para la construcción de un Derecho de los gastos públicos”, PGP núm. 2, 1979; Idem, “El procedimiento de gasto público y su control”, PGP, núm. 13, 1982.

convoca un procedimiento abierto a la competencia en el que estima el coste del edificio en un millón de euros (precio de licitación). Tras un procedimiento muy reñido, el contrato se adjudica a una empresa que se compromete a realizarlo por 800.000 euros, siendo la segunda mejor oferta de un valor de 850.000 euros. De momento parece que se ha garantizado un correcto uso de los fondos públicos. Sin embargo, durante la ejecución del contrato surgen varios problemas no detectados a la hora de hacer la oferta y, en plena ejecución el ente adjudicador y el contratista aprueban una modificación de 50.000 euros y después otras de menor valor. Finaliza el contrato, y tras varias modificaciones el contrato ha costado 900.000 euros. Se puede defender que la presión competitiva inicial permitió una bajada de precio de 200.000 euros, lo cual compensó sobradamente las modificaciones introducidas a posteriori. Incluso, se dirá, que el precio total de ejecución sigue siendo menor al que había estimado la entidad adjudicadora, cuyo precio de licitación fue de un millón. Esta visión defiende que las renegociaciones pueden ser una forma de reducir el precio de la adjudicación: los licitadores al presentar sus ofertas descuentan lo que esperan obtener en la renegociación⁷⁴. Es decir, que este argumento entiende que la Administración puede utilizar su predisposición a renegociar como elemento para contratar más barato. Así, considerar que la baja ya compensa la modificación es un argumento que pretende relativizar el impacto negativo de la modificación sobre los fondos públicos. Según esta visión, la modificación no sería un problema real. En España, en el periodo liberal que da comienzo en 1868 ya se encuentra esta idea a la hora de plantear la reforma de los formularios para la redacción de los proyectos de carretera. Entonces se expuso que:

“Al propio tiempo el resultado general de las obras ejecutadas han demostrado cuán exagerada era la opinión de los que manifestaban que el coste de las obras excedía en mucho al importe del respectivo presupuesto; haciendo ver por el contrario la experiencia de las construcciones llevadas a cabo que en la mayor parte de los casos los aumentos inevitables que ciertas circunstancias exigen se compensan con las economías que al verificar las subastas se consiguen”⁷⁵.

Sin embargo, esta postura deja de lado varios aspectos. En primer lugar, y quizá el más importante, la existencia de otros principios que deben ser satisfechos. A su vez, la modificación puede afectar de lleno a los principios de gasto público proclamados por las leyes y por la propia Constitución tales como los principios de eficiencia y economía, que

⁷⁴ A. BOWER; K. OSBAND, “When More is Less: Defense Profit Policy in a Competitive Environment”, *RAND Journal of Economics*, vol. 22, 1 (spring), 1991.

⁷⁵ Decreto de 18 de abril de 1873, publicado en la Gaceta de 22 de abril de 1873.

como veremos han sido acogidos en la propia legislación de contratos como principios generales. La negociación posterior se produce sin ninguna presión competitiva y ello tiene sin duda efectos negativos en el resultado de dicha renegociación.

Pongamos un ejemplo para ilustrar este punto. Se trata de un contrato de gestión del servicio público de autobuses en Murcia cuya adjudicación se produce en 1981, estableciendo el contrato un plazo de 12 años prorrogables tácitamente por periodos de tres años hasta un máximo de 50. Pues bien, el Ayuntamiento en 2011 acuerda la denuncia del contrato sin otra justificación que la de perseguir el interés público acudiendo de nuevo al mercado para conocer las ofertas de los licitadores⁷⁶. Así, en lugar de modificar el contrato se pone en marcha un nuevo procedimiento de licitación. Un ejemplo de buena gestión que, por cierto, no es nada habitual.

A todo lo dicho hasta ahora, hay que añadir las preocupaciones por el déficit y la deuda pública. La Ley General Presupuestaria de 2003 consideraba entre sus “Principios y reglas de programación y de gestión presupuestaria”, el deber de observar los principios de estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Ahora bien, es cierto que se refería a la programación presupuestaria y por tanto, con simplemente crear un fondo de contingencias la posibilidad de modificar contratos encontraba respaldo desde el punto de vista de la legalidad presupuestaria.

Recientemente, debido a la integración europea y a la actual crisis económica, se imponen una serie de principios que tienen impacto sobre la contratación y que podrían tenerlo sobre la modificación si entendemos que esta es una forma de huida de la presión presupuestaria. Se trata del principio de estabilidad presupuestaria⁷⁷ y el de sostenibilidad financiera. La reciente LO 2/2012 de estabilidad presupuestaria⁷⁸ en su artículo 7 establece que

⁷⁶ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 23/2011, de 28 de octubre de 2011.

⁷⁷ La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria consagra en su Artículo 3 el “Principio de estabilidad presupuestaria”, entendiendo por tal la situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación. Posteriormente, la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en su artículo 3 entiende el principio de estabilidad presupuestaria como una situación de equilibrio o superávit estructural e incluso, en caso de determinados sujetos, se expande esa definición a “posición de equilibrio financiero”.

⁷⁸ Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en su artículo 4 consagra el principio de sostenibilidad financiera, entendiendo por tal “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Incluso algunas leyes autonómicas de contención del gasto han vinculado modificación y estabilidad presupuestaria. Por ejemplo, la Ley 1/2012, de 28 de febrero de Medidas Tributarias Administrativas y Financieras de Castilla y León en su DA Décima establece que “a los efectos de lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de contratos públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el importe de las obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato”.

Así, hay decisiones que consideran que los Planes de ajuste exigidos a los municipios en el R.D-Ley 4/2012, de 24 de febrero se puede considerar una causa imprevista que motiva la modificación contractual⁷⁹. Es decir, que la modificación es un instrumento que puede servir para alcanzar objetivos de carácter presupuestario.

La propia LCSP consagra estos principios en su articulado, al incorporar los principios de control de gasto y utilización eficiente de los fondos (artículo 1 TRLCSP). Ejemplo de aplicación de estos principios puede verse en un caso reciente⁸⁰. El caso aborda un supuesto en que ante la falta de inversiones públicas prometidas (9 millones de euros) se produce un desequilibrio de la concesión. La Administración, en lugar de restablecer dicho equilibrio decide resolver el contrato y reconocer una deuda con el contratista de cerca de 90 millones de euros, que deberán ser abonados por el nuevo contratista según los pliegos del nuevo contrato. La jueza no sólo considera dicha cláusula contraria a la libre competencia, sino que “vendría a infringir los principios también previstos en el art 1 TRLCSP de control del gasto y utilización eficiente de los fondos -al gravar la tarifa con 86 millones de euros a

comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”.

⁷⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012; en este caso se trataba de la reducción de prestaciones en un contrato de limpieza viaria en San Martín de Valdeiglesias.

⁸⁰ S Jdo.Cont-Advo nº 3 de Valencia, 16/12/2013 (EDJ. 304853; MP:Laura Alabau Martí).

amortizar, en lugar de 9-, con vulneración de éste”. Y continúa razonando que:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objeto de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda, de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El abuso de modificaciones también tiene un impacto negativo en los fondos públicos en la medida que su uso irregular puede afectar a la **recepción de Fondos europeos**.

En un reciente informe para la Comisión, las entidades elaboradoras del informe señalaban que la utilización por parte de España de los Fondos Estructurales “está muy a menudo envuelta en problemas relacionados con la modificación del contrato durante su ejecución. Aunque los responsables de los Fondos justifican este modelos por su flexibilidad práctica, existe una imperiosa necesidad de incrementar la vigilancia para asegurar que se pone en práctica aquello que se estableció en las especificaciones técnicas”⁸¹.

Las Directrices de la Comisión para determinar las correcciones financieras que hayan de aplicarse a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública (2013) son claras⁸². Entre las irregularidades más habituales que dan lugar a la corrección financiera de estos Fondos está “la modificación sustancial de elementos del contrato establecidos en el anuncio de licitación o el pliego de condiciones”. En dichos casos el porcentaje de corrección será del 25% del importe del contrato más el valor del importe adicional del contrato derivado de la modificación. Y mayor castigo todavía recibe la adjudicación de adicionales “si dicha adjudicación constituye una modificación de las condiciones originales del contrato” y se adjudica sin respetar los requisitos de urgencia imperiosa consecuencia de acontecimiento imprevisibles o una circunstancia imprevista. Entonces el valor de la corrección es del 100% de los contratos complementarios⁸³.

⁸¹ ECORYS; PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013.p. 281.

⁸² http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_es.pdf.

⁸³ Si el contrato no supera el umbral de las Directivas y el complementario no supera el 50% del valor inicial, entonces la corrección se ajusta al 25%.

Precisamente se ha dicho que la Comisión Europea forzó a España a una revisión de su marco legal en materia de modificaciones al observar la facilidad que existía para modificar un contrato tras ser adjudicado. Y lo hizo precisamente en un caso en que intervenían fondos europeos. DOMÍNGUEZ OLIVERA apunta a que la Comisión decidió poner en marcha el procedimiento de infracción por un hecho concreto: las obras del puerto de Gijón⁸⁴. Resulta que el contrato de obras para construir el nuevo puerto de Gijón valorado en 580 millones, y adjudicado a Dragados, empresas del grupo ACS y FCC, entre otros miembros de la UTE, se vio modificado poco tiempo después en 250 millones debido a que las canteras cercanas no podían ser explotadas por razones medioambientales. Esta variación provocó que la Comisión no continuase otorgando fondos al proyecto, los cuales financiaban el 42% del proyecto⁸⁵, pero que además pusiera en marcha el procedimiento de reintegro⁸⁶.

Por último, y al margen ya de los fondos europeos, la modificación afecta a los fondos públicos en la medida en que es un potente instrumento para adaptar los contratos al momento de crisis económica que vivimos⁸⁷.

iii. Impacto sobre el sistema de contratación

La modificación de los contratos es un problema jurídico en tanto que impacta de lleno en la efectividad de un sistema normativo. Los distintos países han configurado sistemas jurídicos formados tanto por principios como por reglas en virtud de las cuales se pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses existentes. Se presume que la elaboración de un conjunto de normas trae consigo reflexión y toma de decisión en favor de unos intereses u otros. Por ejemplo, cuando se dice que la Administración gozará de ciertas potestades, a la vez se establecen garantías que sirven de contrapeso a tal exorbitante poder.

⁸⁴ R. DOMÍNGUEZ OLIVERA, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, 1, 2015., p. 36

⁸⁵ J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *El Derecho de los contratos públicos*.

⁸⁶ OLAF recomendó a la Comisión iniciar el expediente de devolución a la vista de las irregularidades. Sobre el Informe ver http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/reports-olaf/2014/olaf_report_2014_en.pdf (accedido junio 2015) ; Asimismo, se ha admitido una denuncia de la Fiscalía sobre los sobrecostos de este proyecto.

⁸⁷ En algunos casos se ha considerado como circunstancia imprevisible que justifica la modificación las nuevas medidas de austeridad y las necesidades de reducción del gasto público. Así, por ejemplo, el consejo Consultivo de Extramadura en Informe 348/2013 de 25 de julio de 2013.

Pero lo cierto es que las normas del sistema de contratación no siempre se respetan. El profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO señalaba que “eludir la aplicación del siempre más riguroso sistema de la contratación administrativa, con los controles y limitaciones que ésta establece, diríase que había sido objetivo ampliamente perseguido por la Administración”⁸⁸.

El efecto de la modificación sobre el sistema de contratación puede ser de gran magnitud, lo cual ya se observa en el siglo XIX, cuando con gran precisión DELGADO MARTÍN y ARRIAGA señalaron que

“Si bien las necesidades públicas pueden aconsejar en un instante la novación de un contrato administrativo, y que tendría graves inconvenientes prohibirla en absoluto, es en cambio contraria a los principios que regulan la contratación administrativa, en la que se exigen, como hemos visto, numerosos requisitos y solemnidades, que son limitaciones a la facultad de la Administración, establecidas por la ley también en garantía de los intereses públicos.”⁸⁹

Los mismos autores, argumentando sobre el impacto de la prórroga a la que califican de novación del contrato, consideran que, dado que “publicidad, subasta y demás solemnidades son requisitos esenciales de los cuales no es dable prescindir por cuanto se hallan establecidos en garantía de los intereses públicos (...) fácilmente se colige que los contratos administrativos no pueden prorrogarse sino en los casos que exista disposición expresa que lo autorice, pues de lo contrario sería un medio para eludir el cumplimiento de aquellos requisitos y solemnidades, privando a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos”⁹⁰. Y añaden los autores que cuando ello ha sido necesario, se ha debido obtener autorización legislativa previa. Cita como ejemplo la Sentencia de 8 de enero de 1896 que consideró que la prórroga de un contrato celebrado por un Ayuntamiento debe resolverse conforme al espíritu de las leyes administrativas y no de las civiles, y que habiéndose modificado elementos del contrato al prorrogarlo, dicha prórroga constituye una novación que no se ha ajustado en su adjudicación a la formalidad de la subasta pública.

⁸⁸ S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 140, 1996., p. 221.

⁸⁹ DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 207; también en p. 107, apoyándose en la Sentencia de 25 de noviembre de 1865, que la prórroga de un contrato supone su novación y que “la novación en cualquier forma es contraria a los principios que regulan la contratación administrativa, que exige numerosas solemnidades, establecidas en garantía de los intereses públicos, que se verían burladas con la novación; baste considerar que en ésta se extingue una obligación y surge de ella otra nueva nacida precisamente sin la subasta”.

⁹⁰ E. DELGADO MARTÍN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, 2a ed. notablemente ampliada, en la parte doctrinal y adicionada con las disposiciones oficales.... y apéndice de jurisprudencia, Tipografía de los hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1899., p. 186.

Así pues, la modificación de los contratos tendrá un impacto directo en el sistema de normas cuando tenga fuerza suficiente para adulterar el procedimiento de selección y adjudicación—ese baile de pliegos, licitadores y ofertas del que la Administración se sirve para manifestar su voluntad. Como señala el Consejo de Estado español, una alteración sustancial del contrato inicial conlleva una alteración sustancial de la voluntad inicialmente expresada⁹¹

Si se permiten todo tipo de modificaciones, el esfuerzo que entraña todo procedimiento de adjudicación para los participantes – públicos y privados- será en balde dado el escaso valor que éste tendrá como medio para seleccionar al contratista. El abuso en la modificación de los contratos desvirtúa los medios o instrumentos utilizados y por tanto pone en peligro la consecución de los objetivos⁹². Un ejemplo de ello es el impacto de la modificación en la elección del procedimiento de adjudicación. Así, cuando tras la modificación el contrato alcanza un valor que hubiese exigido otro tipo de procedimiento o cuando se altera la ponderación de elementos en un contrato mixto. Es lo que GIANNELLI ha llamado “**essenzialità procedimentale**” de la modificación⁹³. Y es que sería sencillo valorar un contrato por tal cantidad que nos permita adjudicarlo a través del negociado sin publicidad para luego aumentar hasta su verdadero valor, el cual nos hubiese obligado a acudir a un procedimiento más competitivo.

Además, entre las normas que forman el sistema de la contratación pública –y que sirven como instrumento para la consecución de los objetivos prefijados-, los **principios rectores** pueden jugar un papel esencial en la modificación de los contratos. Por ejemplo, el sistema europeo desde el comienzo consideró que el principio de no discriminación, de trato igualitario y de transparencia serían los principios-medios que permitieran lograr el objetivo de abrir los mercados nacionales a la competencia comunitaria⁹⁴. En los sistemas nacionales a estos principios suele unirse aquel que consagra la eficiente utilización de los caudales

⁹¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1497/1993, de 28 de diciembre.

⁹² Ver en este sentido Memoria Consejo de Estado del año 2011, p. 212.

⁹³ A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*, 2012., p. 239. La autora considera que la esencialidad de una modificación puede ser de carácter procedimental, de carácter discriminatorio o de carácter monopolístico.

⁹⁴ Sobre principios del sistema europeo ver S. ARROWSMITH, “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, en C Barnard, M Gehring, I Solanke (eds.) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*, vol. 14, Hart Publishing, Oxford, 2013.

públicos, v.g el principio de eficiencia y economía, el cual corre el riesgo de convertirse en un concepto abstracto si lo acordado tras un proceso competitivo no se cumple durante la ejecución⁹⁵.

Ahora bien, existe, no hay duda, una tensión entre los principios del propio sistema de contratación⁹⁶. Esta tensión se manifiesta también a la hora de modificar un contrato, en la medida en que ésta puede satisfacer el principio de eficiencia, pero dañar el de libre concurrencia. Por ejemplo, si al aprobar la modificación del contrato logramos evitar tener que suspender el contrato o incluso rescindirlo, dados los costes que ello supondría. De hecho, los sistemas de contratación lo que pretenden es alcanzar el equilibrio oportuno entre los distintos principios. Por ello, el mal uso de la modificación del contrato impacta en el propio sistema de contratación. Ello es lo que analizaremos en las próximas líneas.

Impacto sobre el principio de contratación eficiente

Si en el apartado anterior hemos tratado del impacto de la modificación en los fondos públicos, es ahora momento de hacer lo propio respecto del principio de contratación eficiente. Ambos están estrechamente conectados, si bien este último se encuentra integrado entre los principios de la contratación mientras que el primero hace referencia a una dimensión mucho más general: se refiere a los fondos públicos en el sentido amplio. Quiero decir con ello que mientras que en el anterior epígrafe se estudia el impacto sobre la planificación y el presupuesto, ahora se centra el foco en saber si ese gasto extraordinario y no previsto produce un resultado más eficiente en el proceso de contratación, esto es, en la adquisición de bienes y servicios.

Los sistemas de contratación, es decir, la forma en que el poder público cubre sus necesidades, pretende ser lo más eficiente posible. Por esa razón deben ponderarse los principios en juego. No es raro escuchar que el coste de la transparencia es alto, y que debe comprobarse si siempre está justificado. Esta idea de un sistema de contratación más eficiente es el que subyace en la siguiente alabanza del Consejo de Estado al sistema europeo

⁹⁵G. M. RACCA; R. CAVALLA PERIN, “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013., p. 280.

⁹⁶ En este sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Memoria de 2004, p. 115, estableciendo una confrontación entre la eficiencia y la legalidad. Ver también Dictámenes del Consejo de Estado 454/1996; 3371/1996: eficacia merma las garantías jurídicas, pero a veces el interés público aconseja no licitar de nuevo.

de contratación:

“La creación de un mercado único de contratación pública habrá de llevar a una cierta armonización o acercamiento de los Derechos nacionales y, por ello, de nuestro Derecho contractual administrativo a los estándares de otros países europeos, en los que no existe un régimen jurídico tan singular de la contratación administrativa. La protección de los intereses públicos por la legislación sobre la contratación administrativa debería dar lugar a una regulación más abierta, más modulada, más flexible y que utilice instrumentos más sofisticados, cautelas y controles adecuados pero que no pongan en peligro la eficacia de la acción administrativa, aunque para ello la Administración y sus servidores tengan que adaptarse a un menor legalismo y a una mayor flexibilidad y racionalidad negocial”⁹⁷

A esa eficiencia precisamente se refiere este apartado: el impacto de la modificación sobre la eficiencia del sistema de contratación. Es bajo ese prisma donde emerge la modificación como herramienta útil al servicio de la Administración. Al definir el problema de la modificación como un problema inevitable se pretendía hacer referencia a esa idea de la modificación de los contratos como poderosa herramienta que sirve a la consecución de los intereses generales. Perseguir los intereses generales no es una opción para la Administración, sino que debe hacerlo de manera imperativa. Y no hay duda que la eficacia y la eficiencia en el gasto público forma parte de los intereses generales. En ocasiones, la modificación se ha visto como un mecanismo que permite una mejora de la eficacia del gasto público⁹⁸ no sólo por evitar costes mayores derivados de la relicitación⁹⁹, sino también porque puede ser una fuente de incremento en la eficiencia de la relación contractual¹⁰⁰. Así, el Consejo de Estado en su Memoria de 1983 afirma que “cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz de llegar, en aras de una interpretación legal alicorta, a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa”¹⁰¹.

Por otro lado, el propio Consejo de Estado ha señalado que “en el contrato, la eficacia debe consistir en el desarrollo efectivo del programa contractual y en el desenvolvimiento de los efectos normales del contrato, su cumplimiento en tiempo y forma y sin desviaciones”¹⁰². O también ha ponderado prioridades en su Dictamen 5473/1990 el Consejo de Estado afirma

⁹⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 112.

⁹⁸ J.-J. GANUZA, “Contratos, subastas y sobre costes en las obras públicas: un análisis teórico”, cit.

⁹⁹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 54400, de 21 de junio de 1990.

¹⁰⁰ J. DE BRUX, “Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis”, 2011, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris.

¹⁰¹ Memoria del Consejo de Estado del año 1983, p. 85; afirmación que repetirá en 1990.

¹⁰² Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 128.

que “las causas de celeridad y economía que explican y amparan la derogación parcial del principio de concurrencia en que consiste la prerrogativa de modificación unilateral del contrato pierden su razón de ser cuando aquella alteración adquiere tal magnitud que se equipara a un contrato nuevo”¹⁰³.

Impacto sobre los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia

Con el paso del tiempo, el principio de igualdad de trato y el principio de transparencia han ido convirtiéndose en ejes centrales de muchos sistemas de contratación. Pues bien, la modificación del contrato en su fase de ejecución impacta en la aplicación efectiva del principio de igualdad y el de transparencia en la medida en que si se permite una modificación del contrato durante la ejecución sin que estuviese prevista en los pliegos, las condiciones que entonces se publicitaron no eran las que han regido la ejecución del contrato. Sin duda ello tiene mucha relación con el impacto en el principio competitivo que luego veremos, al distorsionar la competencia, pero parece ir un paso más allá. Podrá ocurrir que una modificación no altere o distorsione la competencia, pero sí suponga desviarse de los pliegos de manera sustancial. Ello vulneraría, per se, el principio de transparencia. En definitiva, los documentos de contratación publicados, en base a los cuales los candidatos han realizado sus ofertas, no se han cumplido. Habrá que preguntarse por el bien jurídico que queremos proteger al limitar la modificación.

El Consejo de Estado español, por ejemplo, es claro al afirmar que la modificación de un contrato puede sin duda “encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia”¹⁰⁴.

Pero es que también las llamadas modificaciones previstas en el contrato pueden tener impacto en el principio de transparencia. Es el caso de las cláusulas que permiten modificaciones del contrato unilaterales y sin límites. En el Reino Unido se hizo expresa mención del principio de transparencia en el asunto *Legal Commission Services* que más tarde estudiaremos, y que básicamente prohibió una cláusula que permitía a la entidad adjudicadora modificar el contrato unilateralmente. Dicha cláusula no permitía a los licitadores conocer los términos del contrato para presentar una oferta.

¹⁰³ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 5473, de 28 de junio de 1990.

¹⁰⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 2001, p. 157.

Y si afecta a la igualdad de trato y a la transparencia, posiblemente afectará a la libre concurrencia a la licitación, en la medida en que aquellos principios sirven como pilar de apoyo a este último¹⁰⁵. La modificación de los contratos tiene un doble impacto en el principio de libre concurrencia, ya sea distorsionando la licitación original, o al impedir la licitación futura.

Por un lado, distorsiona las licitaciones celebradas, que lo son en base a determinados criterios que durante la ejecución se adulteran. Cuando un contrato se modifica ello puede distorsionar el resultado que se hubiera obtenido de haber conocido los candidatos la posibilidad de llevar a cabo estas modificaciones¹⁰⁶. En este sentido, por ejemplo, el Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004 considera que el abuso en las modificaciones puede desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial¹⁰⁷. Como observa SÁNCHEZ GRAELLS, el principio de concurrencia en este sentido sirve de manera instrumental a la protección de la efectividad del sistema de contratación que, en otro caso, podría ser fácilmente ignorado tras la adjudicación del contrato¹⁰⁸.

En todo caso, hay que subrayar que no siempre una modificación, por muy significativa que sea, distorsiona la competición inicial. Pensemos por ejemplo en las modificaciones introducidas ante sucesos naturales imprevisibles. Parece claro que éstos hubiesen afectado por igual a todos los contratistas, independientemente de quién hubiese sido el adjudicatario. O, incluso, modificaciones que aun de haberse conocido al licitar en nada hubiesen cambiado el resultado de la licitación.

Además, la modificación sustancial de un contrato produce un efecto obvio sobre la libre concurrencia: si modificamos un contrato no estamos dando una solución pro-concurrencia

¹⁰⁵ V. AURICCHIO, “The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts”, *Public Procurement Law Review*, 5, 1998.; YANNAKOPOULOS, “L’apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif”, *Revue de Droit public*, vol. 2, 2008.; R. CAVALLO PERIN; G. M. RACCA, “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Diritto amministrativo*, 2010.

¹⁰⁶ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (ed.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010., p. 120”: “la competencia entre aspirantes se adultera, y se distorsiona el mercado de la contratación pública” (...) “el interés general que puede justificar la modificación del contrato entra en colisión con el interés general de garantizar la transparencia y la igual competencia”.

¹⁰⁷ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, 2004.

¹⁰⁸ A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2ª, Hart Publishing, 2015.

ya que evitamos licitar. Parece claro que “un uso indiscriminado de dicha potestad podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas”¹⁰⁹. Así, el abuso de la modificación reduce el número de contratos que se licitan. Parece claro que una modificación de un 2% no debe ser licitada de nuevo, pero ¿y una modificación que dobla el presupuesto original? El Consejo de Estado español lo tiene claro:

“Al adjudicar, sin nueva licitación, unas modificaciones considerables en el objeto de los contratos al contratista que ha comenzado ya la ejecución del proyecto original, pueden lesionarse los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador”¹¹⁰

Por tanto, serán necesarias reglas para “no frustrar los principios de publicidad y concurrencia por una desmesurada amplitud en la calificación de las obras como de modificación [en lugar de auténticos nuevos contratos]”¹¹¹, en la medida en que “la modificación ilimitada de los contratos administrativos se opone a la pureza de las licitaciones y a la correcta adjudicación de los contratos”¹¹². De esta manera se ha pronunciado también la jurisprudencia menor al declarar la nulidad de pleno Derecho de una modificación sustancial que transforma radicalmente el marco contractual inicial, aumentando las prestaciones del contratista¹¹³.

Veremos más adelante que para evitar esto, los principios del sistema de contratación se han erigido en auténticos límites para las modificaciones. Tanto que la jurisprudencia europea en la materia, ante la falta de normas expresas, tuvo que apoyarse en los principios ahora comentados. Ello ya no será necesario tras el reconocimiento expreso de la Directiva 2014/24/UE, si bien los principios continuarán siendo un límite infranqueable a la modificación de los contratos¹¹⁴.

Por último, y no menos importante, si el sistema impone la resolución del contrato ante modificaciones excesivas podría ocurrir que se viera obligado a abonar indemnización por gastos y por lucro cesante. Y, además volver a licitar. Si en ese caso decide cargar con el

¹⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 47126 de 5 diciembre 1984.

¹¹⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 135.

¹¹¹ Memoria del Consejo de Estado del año 1983, p. 87.

¹¹² Dictamen del Consejo de Estado núm. 53930/1989.

¹¹³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/10/2008 (EDJ.292130; MP: José Manuel de Soler Bigas); se apoya en STSJ de Canarias (SCr.), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 01/03/1999 (EDJ. 10809).

¹¹⁴ Que la modificación no desvirtúe los principios de publicidad y libre concurrencia se dice en Dictámenes del Consejo de Estado 3371/96 de 28 noviembre; 4350/97 de 6 noviembre; 358/98 de 11 junio.

coste de la indemnización al candidato ganador podría ocurrir que éste fuese el contratista inicial, que sería el único que no tendría en cuenta esa cantidad a la hora de amortizar el contrato.

iv. Impacto sobre la relación contractual.

Impacto en la distribución de los riesgos fijada en el contrato

La relación contractual que se establece entre ente adjudicador y contratista gira en torno a una distribución de riesgos acordada en cada caso. No olvidemos que la mayoría de cláusulas de un contrato pueden ser leídas como fórmulas de asignación de riesgos. En este sentido debe entenderse el impacto de la modificación del contrato sobre el riesgo y ventura y sobre el equilibrio económico del contrato.

Si acordamos que el principio de riesgo y ventura transmite la idea de anclaje de la ejecución a las condiciones prefijadas, toda modificación del contrato atempera su aplicación estricta. Incluso las cláusulas de revisión de precios –que en esta Tesis no consideramos modificación del contrato- están pensadas para suavizar el riesgo y ventura.

Ahora bien, los grados en los que el riesgo y ventura ceden ante la modificación son muy diversos. En primer lugar porque el riesgo y ventura en sentido estricto será más fácilmente aplicable en unos contratos que en otros –pensemos en la diferencia de riesgos que puede tener un contrato de servicios legales y uno de obra; o uno de obra y otro de colaboración público privada para la construcción y gestión de un servicio público. Pero además, salta a la vista que no será lo mismo inaplicar el riesgo y ventura ante casos de fuerza mayor, que ante todo tipo de sucesos. En España, las propias normas de contratación ya desde sus inicios aceptan los casos de fuerza mayor o caso fortuito como una excepción al principio de riesgo y ventura. Por tanto, llegamos a la ecuación de que mayor admisión de las modificaciones, menor riesgo y ventura. Ahora bien, no es lo mismo exceptuar el riesgo y ventura ante la fuerza mayor que ante cualquier riesgo, como ocurre en muchas concesiones en las que la preocupación por la viabilidad económica “parece que llega a negar de raíz la existencia del principio de riesgo y ventura”¹¹⁵. Un estudio comparado del uso de financiación privada para la construcción de carreteras en España y en Reino Unido es el llevado a cabo por ACERETE

¹¹⁵ A. EMBID IRUJO; E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de Obras públicas*, Aranzadi, Madrid, 2013.p. 170-171.

y otros, en que concluyen que en ambos países los riesgos son soportados por los entes públicos en lo que parece una operación de privatización de beneficios y nacionalización de pérdidas”¹¹⁶.

En definitiva, que las modificaciones contractuales impactan de lleno en el principio de riesgo y ventura. Las entidades adjudicadoras deberán ponderar si el hacer la inversión atractiva compensa las consecuencias que conlleva suavizar el riesgo y ventura.

Si hasta ahora hemos dicho que la modificación del contrato tiene impacto en el principio de riesgo y ventura, la otra cara de la moneda es que ésta se produce en muchas ocasiones para restablecer el equilibrio económico del contrato. Por tanto, la modificación del contrato tiene como consecuencia –en algunas circunstancias– poner en marcha el mecanismo de restablecimiento del equilibrio, esto es, el retorno a la ecuación financiera que las partes acordaron. Si estamos de acuerdo que ello es una exigencia de la equidad y la buena fe, entonces diremos que la modificación de los contratos en ocasiones da respuesta a la satisfacción de estos principios.

¿Qué ocurriría si no se pudiese modificar un contrato? Pues que en muchas ocasiones la relación contractual se vería abocada a su extinción. Se erige así la modificación como mecanismo para evitar que el contrato se extinga precipitadamente, o lo que es lo mismo para lograr que el contrato llegue a su fin de manera más natural, es decir, a través de su cumplimiento. En ocasiones gracias a la modificación de las condiciones pueda seguir ejecutándose las prestaciones. SPILLER pone el ejemplo del contrato de suministro de agua de Atlanta (EE.UU), donde la modificación del contrato estaba muy penalizada en el clausulado original. Esta rigidez llevó a que ante las dificultades surgidas las partes decidiesen resolver el contrato, siendo el usuario del servicio público el principal afectado en tanto que tuvo que soportar los costes de la operación¹¹⁷.

Ello tiene especial repercusión en el ámbito de los servicios públicos, en donde rige el principio de continuidad del servicio público¹¹⁸. Una aplicación rígida del principio de

¹¹⁶ J. B. ACERETE; J. SHAOUL; A. STAFFORD; P. STAPLETON, “The Cost of Using Private Finance for Roads in Spain and the UK”, *Australian Journal of Public Administration*, vol. 69, 2010.

¹¹⁷ P. T. SPILLER, *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, National Bureau of Economic Research, 2008.

¹¹⁸ Sobre el principio de continuidad ver: J. AGUDO GONZÁLEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, *Revista*

continuidad podría llevar a que la Administración se vea sujeta a éste y no pueda actuar con total libertad. En no pocas ocasiones, si el servicio público pudiese quedar afectado la Administración acudirá a la modificación del contrato.

A su vez, la importancia de la consecución del contrato para una de las partes (en este caso del servicio público para la Administración), otorga un poder de negociación superior al contratista. Se habla incluso de socialización de los riesgos, de publicación de los resultados desfavorables “para garantizar la recta satisfacción de los intereses generales que resultan de la regularidad y continuidad de los servicios que presta el concesionario”¹¹⁹.

En la práctica ocurre también que detrás de la justificación de la continuidad del servicio la modificación pretende evitar la terminación del contrato cuando ésta llevaría con toda seguridad la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, que la modificación funciona como compensación que pretende evitar el litigio.

Además de la función de la modificación como instrumento para facilitar la continuidad del servicio, también es momento para resaltar su potencial para todo lo contrario: facilitar la terminación del contrato. Y es que la introducción de modificaciones al contrato original por encima de cierta cuantía puede otorgar a las partes la posibilidad de resolver el contrato. A partir de esa cuantía el contratista podía solicitar que se resolviese el contrato, de tal manera que quedaba protegido frente a las modificaciones unilaterales de la Administración o ante los cambios por circunstancias imprevistas sobrevenidas.

Por lo tanto, la modificación puede impactar de lleno en la continuidad del contrato, ya sea para facilitarlo o para impedirla.

v. Impacto sobre la entidad adjudicadora

Impacto en la imagen de la Administración: seriedad e integridad puestas en cuestión

Una de las cuestiones que salta a la vista desde los mismos orígenes de la contratación pública es la importancia que se le otorga a la imagen de la Administración.

General de Derecho Administrativo, vol. 26, 2011.

¹¹⁹ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit., p. 130.

Uno de los aspectos más negativos de la modificación es precisamente su impacto en la imagen de la Administración. Como señalan ALTSHULER y LUBEROFF, la constante subestimación del coste real del proyecto –y por tanto los sobrecostes posteriores- corroe la confianza pública en la Administración, incluso aunque ayude a sacar adelante determinados proyectos¹²⁰.

Por un lado, la continua modificación de los contratos supone que los estudios que se suponen hechos por una Administración pública seria y prudente son echados por tierra fácilmente. Tanto es así que se llega a dudar en que exista dicha planificación y seriedad.

Además, la modificación de los contratos daña la imagen de la Administración en la medida en que puede aparecer vinculada al fenómeno de la corrupción. No han sido pocas las veces que la modificación ha servido de vehículo que facilita la corrupción¹²¹. Se habla incluso de que “en España, la corrupción en las modificaciones del contrato es patente”¹²². Por ejemplo, en España recientemente se destapaba el llamado “caso Gürtel” en cuya pieza separada “caso Bárcenas” se ha imputado al ex-alcalde de Toledo, José Manuel Molina (PP), en relación a la modificación del contrato de basuras adjudicado en 2007 a la empresa Sufi, filial de Sacyr. La modificación fue aprobada sin seguir los procedimientos legales y supuso un sobrecoste de 11,3 millones de euros. Entre otros, se omiten los informes preceptivos para modificar los contratos¹²³. Exploraremos la relación entre modificados y corrupción más adelante.

Impacto en los costes de la entidad

La modificación del contrato tiene un impacto en los costes que debe soportar la entidad adjudicadora. Esta afirmación es obvia si se piensa en los sobrecostes que sufren los contratos: incrementos no previstos a los que debe hacerse frente. Puede ocurrir lo contrario, que la modificación del contrato suponga la reducción de costes, v.g si se produce la supresión de alguna prestación.

¹²⁰A. ALTSHULER; D. LUBEROFF, *Mega-Projects: The Changing Politics of Urban Public Investment*, Brookings Institution, Washington DC, 2003.

¹²¹ Así de tajante se pronuncia la EU COMMISSION, *EU Anti-corruption Report*, 2014.

¹²² J. VÁZQUEZ MATILLA, “La Modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, cit.p. 570.

¹²³ <http://www.europapress.es/nacional/noticia-barcenas-ruz-imputa-exalcale-toledo-jose-manuel-molina-contrato-basuras-adjudicado-sufi-20141022154357.html> (Accedido en noviembre de 2014).

Ocurre también que un régimen más laxo de modificación contractual puede permitir reducir costes en la medida en que evita que se vuelva a licitar el contrato. Mientras que un régimen estricto obligará a volver a licitar.

Además de este impacto obvio, derivado directamente de la modificación, debe tenerse en cuenta el incremento de costes que supone para la entidad adjudicadora el monitorizar y verificar que la ejecución se realiza conforme a lo acordado o que las modificaciones se producen conforme al proyecto modificado. Por ejemplo, GREENSTEIN pone de manifiesto que las medidas para incrementar la transparencia en la contratación tienen un coste muchas veces superior a los beneficios que permiten obtener¹²⁴.

vi. Impacto para el contratista

La modificación de los contratos tiene impacto directo en el contratista, ya sea porque ve reducida la prestación que debe realizar o porque, como ocurre normalmente, debe acometer más prestaciones que las que originalmente aceptó.

En aquellas legislaciones en las que existe el poder unilateral de modificación del contrato por la entidad contratante, el contratista deberá soportar los cambios introducidos. Es por ello que se adoptan mecanismos que sirven de garantía para el contratista sometido a este poder fuera de la órbita del Derecho común. Por un lado, el contratista tiene derecho a que se le abonen las nuevas prestaciones. Por otro, se establecen umbrales superados los cuales el contratista podrá ejercer su derecho a resolver el contrato.

Ahora bien, la escasa judicialización de los modificados hace pensar que el contratista no siente como una carga la modificación del contrato. Sólo cuando éste se pretende lleva a cabo en condiciones desfavorables es cuando se plantean las reclamaciones oportunas. También cuando ante circunstancias imprevistas la Administración no soporta el coste correspondiente. En definitiva, un modificado al alza supone más actividad y por tanto más negocio para el contratista. Además, la introducción de modificados en el proyecto siempre irá acompañado de compensación suficiente como para no alterar el equilibrio del contrato. En palabras de VÁZQUEZ MATILLA, “el propio contratista es quien con mayor frecuencia defiende, impetuosamente, la necesidad de que las condiciones del contrato se

¹²⁴ S. GREENSTEIN, “Procedural Rules and Procurement Regulations: Complexity Creates Trade-Off”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 9, 1993.

modifiquen”¹²⁵. En un sentido similar el Consejo de Estado con ocasión del Anteproyecto de la LCAP, en que se afirma que “una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar de forma expresa la necesaria aceptación por su parte”¹²⁶.

vii. Impacto sobre terceros: licitadores, subcontratistas y ciudadanos

Impacto sobre el resto de licitadores y candidatos

Una de las cuestiones jurídicas más importantes de los modificados es el preguntarse qué ocurre con los licitadores apartados. No hay que confundir esta cuestión con el respeto al principio de libre concurrencia. Por supuesto, ambas están muy relacionadas: el resultado de la licitación podía haber sido distinto si se hubiese conocido de antemano la posibilidad de modificación. Ahora interesa la perspectiva interna del licitador y no tanto la del procedimiento de adjudicación.

Un licitador apartado puede considerarse damnificado por la introducción de una modificación en el contrato. Esta afirmación hoy va aceptándose poco a poco, si bien no es unánime por lo que supone de agresión a los dogmas clásicos de la contratación, principalmente a la relatividad de los contratos, conocido en Inglaterra como “*privity of the contract*”. Y es que este principio consagra que el contrato es una relación entre las partes. Ejemplo de esta oposición es la resistencia a que el Juez modifique las condiciones contractuales. Lo cierto es que un licitador puede perfectamente sentirse damnificado al considerar que las condiciones bajo las cuales él licitó no se han respetado, o al entender que las modificaciones introducidas impiden que se licite de nuevo, etc. En esos casos, y si aceptamos que la tutela judicial protege intereses legítimos, ese licitador deberá tener acceso a una acción para defender dichos intereses¹²⁷. Ocurre así, por ejemplo, en el conocido asunto *Succhi di Frutta*, en el que se produce una alteración del contrato y es precisamente una de las empresas que concurrieron a la adjudicación la que plantea el recurso con dicha

¹²⁵J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015., p. 103

¹²⁶ Dictámenes del Consejo de Estado: de 21 de mayo de 1992 (núm. 214/1992); 1629/91, de 23 enero 1992; 1508/93, de 10 de febrero de 1994; 3371/96, de 28 de noviembre.

¹²⁷ Esta idea será desarrollada más adelante, cuando se hable del impacto de la Unión Europea en el Derecho nacional y, en especial, del recurso especial en materia de contratación.

modificación¹²⁸. En el litigio se discute sobre su legitimación, ya que la Comisión (parte demandada al ser la entidad adjudicataria) considera que la demandante no está directa e individualmente afectada por la decisión de modificación ya que los cambios “sólo pueden afectar individualmente a éstos [a los adjudicatarios]”, siendo la situación de la demandante la misma que la de “cualquier operador del sector afectado”. En definitiva, la Comisión considera que la modificación nada tiene que ver con la licitación y por tanto se rompe cualquier relación entre la demandante y el objeto del litigio. Veremos más adelante que el Tribunal falla en sentido contrario: aceptando que el licitador tiene legitimación para impugnar la modificación del contrato.

Esta esfera de protección puede ampliarse a candidatos y potenciales licitadores que demuestren que de haber conocido la posibilidad de modificar el contrato hubiesen competido por él.

Asimismo, la modificación puede impactar en los interesados de licitaciones posteriores. En esos casos, la modificación tiene un impacto en el principio de competencia. Por ejemplo, cuando se acuerda la prórroga de una concesión. Un claro ejemplo es el siguiente: concesión que llega a su fin, denunciándose el contrato. A los pocos meses, se revoca dicha denuncia y se acuerda la prórroga, decisión que es impugnada por los concejales. La Sala les dará la razón por considerar que la prórroga atenta contra el principio licitatorio. Interesa ahora, sin embargo, el siguiente razonamiento:

A estos aspectos hay que añadir que la mecánica procedimental seguida no puede haber sido más opaca. En primer lugar se procede a la denuncia del contrato con el concesionario. Una vez roto el vínculo se inician negociaciones y contactos con él y con otros contratistas (así resulta de las palabras del Teniente de Alcalde D. Apolonio reflejadas en el acta del Pleno de 12 de febrero de 2004, cuando dice que "desde la fecha del 22 y 24 de agosto de 2003..., se iniciaron numerosas conversaciones con las empresas más importantes del ramo de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración, con fines informativos en relación con los cánones y condiciones previstos por las empresas para la prestación de sus servicios en el Municipio de Santomera". Entre estas empresas cita a Aqualia así como otras empresas que no identifica y concluye que en comparación la propuesta de Aqualia presenta aspectos más favorables para los intereses municipales. En el último apartado de su intervención dice el acta que "concluye el meritado corporativo en afirmar la necesidad de aprobar la referida prórroga, por cuanto tras las negociaciones mantenidas con las empresas del sector, se mejora y amplía el servicio, asumiéndose por la concesionaria Aqualia SA todas las exigencias municipales, razón por la que se ha optado por la prórroga concesional en vez de su licitación"

¹²⁸ Sentencia TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

Sólo en estas circunstancias de opacidad y falta de transparencia puede explicarse la celeridad con que se tramitó el proceso de revocación y otorgamiento de prórroga. La propuesta se presentó al Ayuntamiento el día 9 de febrero de 2004, dos días después, el 11 de febrero, el interventor emite informe favorable y al día siguiente se somete la cuestión por la Comisión Informativa Permanente de Hacienda y Especial de Cuentas al Pleno que se celebraba ese mismo día.¹²⁹

Lo mismo en la extensión de una concesión de gestión de terminales de contenedores en el puerto de Tenerife:

No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia.¹³⁰

Impacto sobre los subcontratistas

Una de las características de la contratación pública moderna es el creciente uso de la subcontratación. Si en sus orígenes se entendía que el contrato adjudicado debía ser ejecutado por el contratista, hoy nada impide acudir terceros para llevar a cabo el trabajo. Es más, se trata de una práctica fomentada en ocasiones en un intento de potenciar el papel de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública.

Pues bien, la modificación de los contratos tiene relación con los subcontratistas en la medida en que éstos son los que ejecutan parte del trabajo encomendado al contratista.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la modificación del contrato puede venir originada por la defectuosa ejecución de un subcontratista. Ante esa situación el contratista tratará de lograr la modificación del contrato.

Asimismo, una modificación del contrato afectará al subcontratista. Imaginemos una reducción de los trabajos. Ello podría impactar de lleno en la empresa subcontratada. Podría

¹²⁹ STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/06/2011 (Ar.276620; MP:Joaquín Moreno Grau).

¹³⁰ STS, Sala Tercera, 08/03/2011 (Ar.2275; MP:Manuel Campos Sánchez-Bordona).

impedir, por ejemplo que se ofrezcan precios tan competitivos. Por ejemplo, en el caso de una modificación que suponga que el subcontratista no alcance determinadas economías de escala para un producto determinado¹³¹. Ello podría suponerle mayores costes al contratista principal. Incluso podría ocurrir que la nulidad de un modificación generase daños al subcontratista, surgiendo entonces la cuestión de quién es el responsable de indemnizar los daños y perjuicios (en la práctica sería conveniente incluir cláusulas contractuales al respecto).

Además, un cambio de subcontratista puede ser considerado, *per se*, una modificación sustancial del contrato. Un ejemplo real es el asunto *Wall*, en donde el subcontratista cuya inclusión en la oferta fue decisiva para obtener el contrato, decide abandonar el proyecto – en este caso la oferta ganó porque Wall, una empresa de renombre en el sector, iba ser subcontratado para gestionar los espacios de marketing en los lavatorios públicos¹³².

Impacto sobre los ciudadanos como receptores de servicios públicos.

Algo que en ocasiones se olvida es que la contratación pública tiene un carácter instrumental. Sirve a la Administración para lograr sus fines. Ocurre que la Administración contrata para cubrir necesidades internas o para satisfacer necesidades externas de interés general. Es el caso de los servicios públicos cuyos usuarios son los ciudadanos. Éstos deben exigir “la mejor calidad del servicio sobre la base de una valoración seria y transparente de las diferentes candidaturas”¹³³. Pero, ¿cómo impacta la modificación en estos ciudadanos receptores de servicios públicos?

La modificación puede ser utilizada para introducir mejoras en el proyecto que permita dar un mejor servicio. Por ejemplo, la llamada cláusula de progreso.

Además, la modificación del contrato puede servir como se ha dicho para garantizar la continuación de la relación contractual. Ello es especialmente importante en el caso de los servicios públicos ya que su interrupción afecta negativamente al ciudadano. Es por ello que

¹³¹ Ese es precisamente el caso del asunto norteamericano *General Contracting and Construction Company v United States* 84 Ct Cl 570 (1937).

¹³² Citar asunto *Wall* Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 *Wall AG* contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182.

¹³³ Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 *Wall AG* contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182, Opinión de Abogado General, p. 73.

en no pocas ocasiones el poder de negociación del contratista para provocar modificaciones beneficiosas a sus intereses aumenta.

Pero la modificación también puede ser utilizada de tal manera que los ciudadanos/usuarios acaben pagando las consecuencias. Dos son las principales situaciones: la disminución en la calidad del servicio y la subida de precios.

En primer lugar, a través de la peor calidad del servicio. Una modificación que consistiese en aceptar materiales de peor calidad para así disminuir el coste, o en la misma línea, no reaccionar contra una bajada de calidad en el suministro. En este sentido es interesante la novedosa regulación que existe en el sistema de salud del Reino Unido (NHS) según la cual los usuarios del servicio pueden impugnar decisiones de contratación cuando éstas afectan al servicio mismo¹³⁴.

En segundo lugar, la modificación del contrato puede traer como consecuencia –o tener por objeto- la subida de los precios del servicio. El clásico ejemplo es el de las concesiones, en las cuales se modifica el periodo de éstas o se incrementa la tarifa cobrada a los usuarios para compensar alteraciones sobrevenidas. Así, si las previsiones de demanda no se cumplen, suele recurrirse a una autorización de incremento tarifario. En relación a lo dicho, por cierto, GUASCH apunta a que muchas renegociaciones ocurren cuando el criterio de adjudicación principal es la tarifa que deben pagar los usuarios: cuánto más baja es la oferta, más suele ocurrir que se recurra a la renegociación¹³⁵.

Por último, los ciudadanos pueden verse perjudicados si un sistema regulatorio restringe en exceso la modificación de los contratos en la medida en que se puede producir incompatibilidades técnicas entre contratos. Por ejemplo, decidir ampliar el contrato de bicicletas públicas a los nuevos barrios de Madrid y verse obligado a licitar de nuevo. Si ese nuevo contrato lo gana otra empresa podría ocurrir que un ciudadano no pueda coger y dejar bicicletas libremente por incompatibilidad entre los mecanismos puestos a disposición por distintas empresas – empresas que, como es lógico, no querrán compartir su tecnología con

¹³⁴ MONITOR, *Enforcement guidance on the Procurement, Patient Choice and Competition Regulations*, 2013.

¹³⁵ J. L. GUASCH; A. KARTACHEVA; L. QUESADA, *Contract Renegotiations and Concessions in the Latin America and Caribbean Region: An Economic Analysis and Empirical Implications*, World Bank, Washington DC, 2000.; El estudio de Guasch se analiza en la sección que estudia la modificación como un fenómeno global.

sus competidores y por tanto rechazarán cualquier tipo de transferencia de conocimientos.

b. La modificación como problema histórico

Afirmar que la modificación de los contratos públicos es un problema actual de la contratación pública es una obviedad que se pone de manifiesto en cualquier obra que aborde la contratación pública o que sencillamente trate el Derecho administrativo de manera general. Es más, sin necesidad de acudir a medios especializados, la modificación de los contratos es protagonista también de noticias en los medios de comunicación, ya sean nacionales¹³⁶ o internacionales¹³⁷. Parece, pues, que pocas dudas hay sobre la vigencia de este problema.

Sin embargo, aunque sea un problema actual no se trata de un problema nuevo para el Derecho público¹³⁸. Existen incluso referencias al mundo antiguo que muestran como ya en época greco-romana existía una preocupación por los modificados. DE LA PEÑA OLIVAS, recogiendo las palabras de Vitruvio señala que en Éfeso se obligaba al arquitecto que dirigía la obra a fijar el coste, quedando hipotecados todos sus bienes. Si acabada la obra el coste era igual o menor al acordado el arquitecto era “premiado con decretos honoríficos”. En caso de que el coste excediese no más de una cuarta parte de lo acordado, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto quedaba libre. Pero si el sobrecoste superaba ese 25%, el arquitecto debía hacer frente al exceso con sus propios bienes. Acaba Vitruvio deseando: “Ojalá los dioses inmortales hiciesen que esta ley se hubiese promulgado también en el pueblo romano... se calcularía con más diligencia antes de todo el coste de la obra”¹³⁹.

¹³⁶ D. CORDERO, “Cuando el sobrecoste forma parte del plan”, *El País*, 2014, fecha de consulta 4 febrero 2014, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/02/03/actualidad/1391459849_523014.html. ; o la magnífica serie de reportajes P. SIMÓN, “La España del despilfarro”, *El Mundo*, 2014.

¹³⁷ F. DIEKMANN; M. KRÖGER; A. REIMANN, “Disastrous Public Works Projects in Germany”, *Spiegel Online*, 2013, fecha de consulta 28 febrero 2014, en <http://www.spiegel.de/international/business/disastrous-public-works-projects-in-germany-a-876856.html>.; C. DEVINE, “Controversial VA projects waste billions, say government reports and lawmakers”, *CNN*, 2015.

¹³⁸ También para el Derecho privado “el problema de la modificación del contrato, aun cuando de total actualidad, ha existido en épocas anteriores” J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi, 1992., p. 13; el autor achaca la importancia actual del problema a la aceleración de los ritmos históricos.

¹³⁹ J. M. DE LA PEÑA OLIVAS, *Alcance y organización de las obras públicas en el imperio Romano*, Traianvs, El Portal Europeo de Ingeniería Romana, 2006, fecha de consulta 6 marzo 2014, en <http://www.traianvs.net/index.php>., p. 354 La técnica administrativa de la época era muy avanzada. Como señala el autor, tras la adjudicación de la obra se nombraba un “duunviro” que controlaba la ejecución de la obra, que se dividía en unidades de obra. Finalizada ésta se emitía el certificado de obra llamado “opus probare” o “in acceptom refere”.

En los textos históricos encontramos algunas normas de carácter general dirigidas a regular determinados aspectos de las obras públicas, pero que apuntan lo que ya entonces debían ser problemas en la construcción de éstas. Por ejemplo, en la Pragmática de 9 de junio de 1500 de los Reyes Católicos se afirma que “las obras públicas que se hubieren de hacer a costa del Concejo o de las penas, o en otra manera, se hagan a menos costa y a mas provecho del Concejo que se pudiere: y las personas que en ello hubieren de entender sean tales, *que lo hagan fielmente, y que no hagan costa demasiada, salvo la que fuere necesaria para que la obra sea bien hecha*: y el que fuere obrero y veedor de la obra no tenga cargo de recibir y gastar dinero por su mano”¹⁴⁰. Es posible encontrar ejemplos de sobrecostes en dicha época. Es el caso de la reparación del puente de Córdoba, recogida por ALZOLA. En 1532 el Cabildo, ante el mal estado del puente, decide llevar a cabo la obra de reparación pertinente. Pero, la mala situación económica lleva a solicitar el auxilio de la Corona, que por Real provisión de 25 de abril de 1535 autoriza la sisa de hasta 2000 ducados, cantidad que resultó ampliada por no bastar la suma inicial¹⁴¹.

Una preocupación, la de los modificados, que no era exclusiva de España. Así lo demuestra la citadísima carta del Marqués de Vauban, Mariscal de Francia, a Luis XIV escrita en 1683:

“Señor, hay trabajos de los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo ello, Señor, por la confusión que causan los descuentos obtenidos en dichas obras, ya que todas estas interrupciones, incumplimientos y prorrogas sólo sirven para atraer míseros contratistas que no dan abasto, pícaros e ignorantes, y para hacer huir a todos aquéllos que son capaces de concluir la empresa.

Y digo más, que se retasan y se encarecen tanto estos trabajos que son nocivos ya que los descuentos y economías buscadas son imaginarias, y lo que un contratista que pierde hace es lo mismo que hace un hombre que se ahoga: agarrar todo lo que puede; y agarrarse a todo en el oficio del contratista es no pagar sus materiales, escatimar en lo que pueda, malpagar a los obreros (...), disputar con mala fe todas las cosas, y pedir misericordia constantemente.

(...) Debe restablecerse la buena fe, dado el precio y las labores, no rechazarse nunca un salario honesto a un contratista que ejecuta su deber; esa será siempre le mejor compra que se puede hacer. (...)”¹⁴²

Es en el siglo XIX de la mano de la aprobación de las primeras normas sobre contratación pública cuando queda patente el problema de los modificados. En Estados Unidos, por

¹⁴⁰ Novísima Recopilación, Título XXXIV de su Libro VII *De los pueblos y de su gobierno civil, económico y político*.

¹⁴¹P. DE ALZOLA Y MINONDO, *Las obras públicas en España: Estudio histórico*, Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994., p. 106 y 216.

¹⁴² Carta escrita por Sébastien Le Prestre de Vauban, Mariscal de Francia, el 16 de julio de 1683 ; Archives nationales de Paris [traducción propia].

ejemplo, la construcción del Erie Canal en 1817 y 1825 en Nueva York se disparó un 46% sobre el presupuesto, y su posterior expansión hasta aun 142% ¹⁴³. También a comienzos de siglo el Canal de Panamá (1902-1913) alcanzó hasta un 106% de sobrecoste.

En España, la temprana Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 1845, al exponer los problemas a los que se enfrenta la contratación pone de manifiesto que uno de ellos es “la frecuencia con que por unos y otros [contratistas y Administraciones] se eluden o se alteran las condiciones establecidas en sus contratos”¹⁴⁴.

En 1854 se aprueba una interesante “Real Orden adoptando las medidas necesarias para evitar los abusos en la dirección é inspección de las obras públicas”¹⁴⁵ la cual expone que no se ha conseguido “evitar los abusos que con grave perjuicio de los intereses del Estado se han introducido en la dirección e inspección de las obras públicas, autorizándose y haciéndose ejecutar aumentos y variaciones que no se hallan incluidos en los proyectos y presupuestos aprobados, sin previa autorización ni aun conocimiento de la superioridad acerca de su necesidad o conveniencia”. Se pone, pues, a los facultativos como principales responsables de la situación, lo cual sería contestado por los propios Ingenieros de Caminos, enumerando las causas que provocan la variación hasta del proyecto “mejor estudiado”¹⁴⁶, como la fluctuación en la marcha de los pagos, el desconcierto en las mal llamadas “campañas de obras públicas”, la frecuencia con la que se varía de directores de obra, casi siempre proyectada por persona distinta a quién la ejecuta, el tiempo que transcurre entre la proyección y la ejecución de la obra, la variación de jornales y precios elementales producidos, o las modificaciones necesarias al poner en práctica lo proyectado, ya sea por los terrenos, las fuentes y manantiales ocultos. Añaden otros autores más causas posibles, como una mayor profesionalización de los contratistas, que están cada vez más preparados para reclamar a la Administración¹⁴⁷.

¹⁴³ S. L. ENGERMAN; K. L. SOKOLOFF, “Digging the Dirt at Public Expense: Governance in the Building of the Erie Canal and Other Public Works”, *National Bureau of Economic Research*, vol. Working Paper 10965, 2004.

¹⁴⁴ Exposición de Motivos del Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas.

¹⁴⁵ R.O de 30 de octubre de 1854, publicada en la Gaceta de 5 de noviembre de 1854.

¹⁴⁶ Autor desconocido, “Aumentos de obra”, en *Revista de Obras Públicas*, núm. 23., 1854, pp. p. 287 y ss.

¹⁴⁷ A. MONTERDE, “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, *Revista de Obras Públicas*, vol. 16, 1875., p.124.

Entre los casos estudiados por la Revista de Obras Públicas llama la atención el caso de las obras del Canal de Isabel II, uno de los grandes proyectos del siglo XIX y que sirvió para abastecer a Madrid de agua potable¹⁴⁸. La obra no estuvo exenta de polémica, por haber superado con creces los gastos que en principio se habían presupuestado. El 18 de junio de 1851 se expidió el Real Decreto orgánico del Canal de Isabel II, que presupuestaba los gastos del proyecto en 80 millones de reales, basándose en los proyectos de los Ingenieros Rafo y Rivera. Pues bien, a finales de 1856 el gasto ya era de 96 millones, año en que se considera que todavía eran necesarios otros 19 millones para concluir las obras de conducción. Mejoras en el proyecto durante su ejecución –como el incremento del caudal o la cubierta del depósito del Campo de Guardias¹⁴⁹–, una serie de imprevistos –necesidad de mayores excavaciones, tormentas, filtraciones, falta de operarios y aumento del coste de la mano de obra–, etc. La estructura básica se concluyó en 1867, si bien siguió ampliándose y mejorándose con el paso del tiempo¹⁵⁰. La justificación esgrimida por DEL VALLE es meramente comparativa: el autor acude a casos contemporáneos, como el del Acueducto de Croton construido entre 1837 y 1842 para abastecer Nueva York, de similar longitud, costó 240 millones de reales frente a los 108 inicialmente presupuestados.

c. La modificación de contratos como problema compartido a nivel global

Y además de ser histórico, estamos también ante un problema que es compartido por los países de nuestro entorno. Hasta no hace mucho tiempo la modificación de los contratos públicos era un fenómeno estudiado en relación a un sistema de contratación determinado. Por ejemplo, en el caso de España hemos asumido que la modificación de los contratos es un problema endémico español, como si no se encontrase de forma natural en ninguna otra parte del mundo. Desde luego que en España la modificación ha llegado a convertirse en una costumbre, con frecuencia perversa aunque aceptada. Ahora bien, un repaso por la literatura académica y los medios internacionales nos hacen ver que la modificación de los contratos es un problema que afecta a todos los países. No se dispone de datos para asegurar que afecta a todos por igual, pero sí para afirmar que se trata de un problema global¹⁵¹. Y aunque no hay

¹⁴⁸ INCHAURRANDIETA PAÉZ, R., "Canal de Isabel II", en *Revista de Obras Públicas*, núm. 50, 1902, Artículo que estudia la posibilidad de que la gestión del Canal sea otorgada a una empresa privada. Ya entonces se plantea el autor los riesgos de este tipo de contrato, que podría perjudicar los intereses nacionales.

¹⁴⁹ Intersección entre las calles de José Abascal y Bravo Murillo.

¹⁵⁰ COMÍN, F., *Historia de la Hacienda Pública*, vol. II, Crítica, Madrid, 1996, p.326.

¹⁵¹ EnB. FLYVBJERG; M. GARBUIO; D. LOVALLO, "Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: two models for explaining and preventing executive disaster", *California Management Review*, vol. 51, 2,

datos, sí hay manifestaciones continuas de los órganos legislativos, la jurisprudencia y la doctrina que indican que estamos ante un problema de calado en nuestro entorno.

En Europa, por ejemplo, el *Libro Verde de 2011 de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea*¹⁵² pone de manifiesto la preocupación sobre la modificación de contratos y su impacto en los objetivos del sistema. Esta preocupación cristaliza en las nuevas Directivas de contratación de la UE, que regulan ya la modificación de contratos, lo que supone una incursión en el régimen nacional de ejecución de los contratos impensable hace algunos años.

A los efectos de este trabajo de investigación, demostrar que la modificación es un problema generalizado nos sirve como justificación para acudir al Derecho comparado, esto es, analizar qué medidas han adoptado otros países para poner freno al uso abusivo de las modificaciones de los contratos públicos. A continuación llevamos a cabo un breve repaso de los trabajos existentes sobre la modificación. Son tres los niveles de estudio que interesan ahora: i) los estudios que se centran sobre casos particulares; ii) los estudios que abordan la situación en un país determinado; iii) los estudios que comprenden un conjunto relativamente amplio de países. Son precisamente estos últimos los que permiten sacar conclusiones generales aplicables globalmente.

i) Casos particulares

En primer lugar, los llamados “estudios de caso” se centran en analizar las razones que llevan a modificar un contrato determinado. Veamos a continuación algunos casos llamativos – excluimos los casos españoles ya que se pondrán de ejemplo al realizar un primer acercamiento al problema en nuestro país.

El ejemplo repetido hasta la saciedad por la literatura es a su vez una de las obras que más atención atrae por su magnitud: el túnel que cruza el Canal de la Mancha. El proyecto, de iniciativa privada anglo-francesa, fue presupuestado en 2.300 millones de libras y comenzó en 1988. Se enfrentó a unos sobrecostes del 80% y un incremento de los costes de

2009.,p. 171-172: “across the globe, large infrastructure projects almost invariably arrive late, over-budget, and fail to perform up to expectations”.

¹⁵² *Libro Verde de 2011 de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea* COM(2011) 15 final de 27 de enero de 2011.

financiación del 140% e incluso hizo frente a un episodio de suspensión de pagos¹⁵³.

Otros casos que afecta al **Reino Unido** es la construcción del edificio del Parlamento de Escocia (1997-2004) pasó de un presupuesto de 50 millones de libras a 107m¹⁵⁴. El aumento de los costes dio lugar a la apertura de una investigación, Holyrood Inquiry, que dictaminó que los sobrecostes se debían principalmente a la necesidad de aumentar el tamaño del edificio para acomodar a mayor número de personas; pero también a la complejidad del diseño¹⁵⁵. Otro ejemplo es la nueva British Library inaugurada en 1998 y uno de los mayores edificios de Reino Unido. Los costes finales triplicaron a los previstos en el proyecto inicial (de 142 a 511 millones de libras). Ello se debió principalmente a los cambios continuos de personal así como al tipo de contrato de reembolso de costes firmado con el contratista, lo cual reduce los incentivos de limitar los costes¹⁵⁶. O el Thames Barrier Project, que de 23 millones de libras pasó a 493 millones. Estos son sólo alguno de los ejemplos ya que en el mismo país encontramos casos como la construcción del Millennium Dome¹⁵⁷, el Humber Bridge (276%), el Tyne Metro system, la BBC's Broadcasting House o las instalaciones de los Juegos Olímpicos¹⁵⁸.

En **Alemania** los sobrecostes han sido noticia en numerosas ocasiones¹⁵⁹, como es el caso del Aeropuerto Internacional Willy Brandt de Berlin-Brandenburg (de 2000 a 4300 millones)¹⁶⁰, la Filarmónica de Hamburgo (de 77 a 790 millones)¹⁶¹, el centro nacional de inteligencia (Bundesnachrichtendienst) de Berlín (de 500 a 912 millones), el túnel urbano de

¹⁵³ L. VILANOVA, "Financial Distress, Lender Passivity and Project Finance: The Case of Eurotunnel"; entre nosotros fue estudiado por A. RUIZ OJEDA, "El Eurotunnel La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", *Revista de Administración Pública*, vol. 132, septiembre-diciembre, 1993.

¹⁵⁴ I. WHITE; I. SIDHU, "Building the Scottish Parliament, The Holyrood Project - SN/PC3357".

¹⁵⁵ <http://www.scottish.parliament.uk/SPICeResources/HolyroodInquiry.pdf> y http://www.audit-scotland.gov.uk/docs/central/2004/nr_040629_holyrood_project.pdf (accedidos en Agosto 2014).

¹⁵⁶ S. JACKSON, *Project Cost Overruns and Risk Management*, Innovative Construction Research Centre, 2002.

¹⁵⁷ NATIONAL AUDIT OFFICE, *The Millennium Dome*, Londres, 2000.

¹⁵⁸ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Preparation of Olympics*, 2010. Sobre Juegos Olímpicos y sobrecostes ver B. FLYVBJERG; A. STEWART, *Olympic Proportions: Cost and Cost Overrun at the Olympics 1960-2012*, University of Oxford, Oxford, 2012.

¹⁵⁹ F. DIEKMANN; M. KRÖGER; A. REIMANN, "Disastrous Public Works Projects in Germany", *Spiegel Online*, 2013, fecha de consulta 28 febrero 2014, en <http://www.spiegel.de/international/business/disastrous-public-works-projects-in-germany-a-876856.html>; En español acerca de los sobrecostes en Alemania ver http://economia.elpais.com/economia/2014/01/19/actualidad/1390167251_313661.html (accedido en Agosto 2014).

¹⁶⁰ Al problema de los sobrecostes se ha unido que el Director de Tecnología del proyecto ha sido acusado de pedir una cantidad cercana al medio millón de euros por obtener un contrato.

¹⁶¹ http://economia.elpais.com/economia/2014/01/19/actualidad/1390167251_313661.html (accedido en Agosto 2014).

Leipzig (de 572 a 960 millones), etc. Por ejemplo, en el caso del proyecto Stuttgart 21 se proyectó la construcción de una red de tren subterránea por un precio de 2.600 millones de euros en 1995. Hoy ha alcanzado cerca de los 6.500 millones y el proyecto ha sido objeto de masivas protestas ciudadanas¹⁶².

En **Estados Unidos** los sobrecostos también son un problema habitual¹⁶³. Algunos ejemplos son el conocido Big Dig de Boston¹⁶⁴, el Aeropuerto Internacional de Denver¹⁶⁵, los centros de convenciones de Houston o Los Ángeles, la planta de tratamiento de residuos de Sacramento, la planta de energía de Washington, el puente de San Francisco-Oakland Bay, entre otros. Algunos artículos estudian casos aislados de manera agrupada, por ejemplo la renegociación de contratos de colaboración público privada en el sector de las infraestructuras de transporte, observando como las modificaciones se deben principalmente al oportunismo, a los cambios externos, a la complejidad o a la llamada “maldición del ganador”, fenómeno que enseguida estudiaremos¹⁶⁶.

Tenemos ejemplos en multitud de países, desde **Dinamarca**¹⁶⁷ o **Suecia** hasta **Canadá**¹⁶⁸ o **Australia**¹⁶⁹.

Y no sólo se han llevado a cabo estudios de casos sobre obras públicas, sino que también se

¹⁶² <http://www.railway-technology.com/news/newsdeutsche-bahn-backs-stuttgart-21-project-despite-cost-increase> (accedido en agosto 2014).

¹⁶³ Ver una recopilación en C. EDWARDS; N. KAEDING, “Federal Government Cost Overruns”, *CATO Institute*, 2015, fecha de consulta 1 octubre 2015, en http://www.downsizinggovernment.org/government-cost-overruns#_ednref4.

¹⁶⁴ Se trata de un entramado de túneles y carreteras bajo la ciudad de Boston, que por su aumento (324%) es uno de los mayores registrados. Es interesante además por la reacción de la Administración pública en ese caso. Ver J. H. PETERSON, “The Big Dig Disaster: Was Design-Build the Answer?”, *Suffolk University Law Review*, vol. 40, 4, 2007.

¹⁶⁵ J. . SZYLLOWICZ; A. . GOETZ, “Getting realistic about megaprojects planning: The case of the new Denver International Airport”, *Policy Sciences*, vol. 28, 4, 1995.

¹⁶⁶ J. GIFFORD; L. BOLAÑOS; N. DAITO, “Renegotiation of Transportation Public-Private Partnerships: the U.S. Experience”, 2014.

¹⁶⁷ B. FLYVBJERG, *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

¹⁶⁸ W. JENNINGS, “Executive Politics, Risk and the Mega-Project Paradox”.el autor examina una serie de casos y las causas que los provocaron; las obras para los Juegos Olímpicos de Montreal 1976 dejaron al Ayuntamiento con una deuda de mil millones de dólares canadienses tras unos sobrecostos del 1.250%.

¹⁶⁹ A.-D. D. DOMINIC; S. D. SMITH, “Rethinking construction cost overruns: cognition, learning and estimation”, *Journal of Financial Management of Property and Construction*, vol. 19, 1, 2014.; además del caso de las instalaciones de los Juegos Olímpicos también encontramos el famoso caso de Opera House de Sidney. En este último caso, ante los escandalosos incrementos, el Parlamento de Nueva Gales del Sur obligó a que todo incremento del 10% debiese contar con su aprobación. Ello no impidió alcanzar sobrecostos del 1400%.

estudian proyectos relacionados con las Tecnologías de la Información y la Comunicación, o con el equipamiento de seguridad y defensa.

Un ejemplo de modificaciones en proyectos relacionados con la **Tecnología de la Información y la Comunicación** lo encontramos en el Reino Unido respecto a los sobrecostos del Programa Libra, diseñado para informatizar la Justicia. El presupuesto inicial de 184 millones de libras acabó en 318 y no incluyó todas las prestaciones que inicialmente se contrataron¹⁷⁰. Más recientemente, el Gobierno decidió cancelar el Proyecto Lázaros - sistema de información del sistema Nacional de Salud (NHS) donde se pasó de 3100 a 9800 millones de libras, tal como señala la investigación del Comité de Cuentas Públicas del Parlamento (PAC)¹⁷¹. Otros casos similares son el proyecto ASPIRE (de 2,83 a 8 mil millones) para implantar el sistema informático de recaudación. O el sistema NIRS2 (National Insurance Recording System) que pasa de 70 a 144 millones – en dicho caso resolver el contrato le hubiese supuesto a la Administración 40 millones, por lo que se decidió renegociar¹⁷².

En Estados Unidos hay dos casos muy conocidos en el ámbito de las TIC que han llevado al Ayuntamiento de Nueva York a exigir que en caso de un incremento de más del 10% sobre el proyecto se deba informar al City Council. Se trata de New York City Automated Payroll (NYCAP) y del CityTime project, en el que existen sentencia condenatoria por corrupción¹⁷³. El primero de ellos comenzó en 1999 y terminó en 2011, pasando en ese tiempo de 66 millones a más de 360 millones de dólares. El segundo pasó de costar 63 millones y un plazo de 5 años a costar 700 en un plazo de 10 años. Mayor aún es el sobrecoste en términos absolutos del proyecto para crear un sistema centralizado de emergencias de la ciudad (Emergency Communications Transformation Program, ECTP), que en 2004 se proyectó en 1.300 millones de dólares, va camino de los 2.000 y pasa de 5 años de duración a 14. Este aumento de coste y plazo ha sido objeto de una investigación llevada a cabo por la Office of the Comptroller. Ésta ha dado como resultado varios informes entre los que destaca uno en

¹⁷⁰ THE ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING; THE BRITISH COMPUTER SOCIETY, *The Challenges of Complex IT Projects*, The Royal Academy of Engineering, London, 2004., p. 9.

¹⁷¹ PUBLIC ACCOUNTS COMMITTEE, “The dismantled National Programme for IT in the NHS”, *House Of Commons*, vol. 19th Report 2013-2014, HC 294, 2013.

¹⁷² Todos estos informes se pueden encontrar en la página web de la National Audit Office (NAO).

¹⁷³ <http://www.nytimes.com/2011/06/21/nyregion/executives-are-charged-in-citytime-payroll-scandal.html>; <http://www.reuters.com/article/2012/03/14/us-manhattan-saic-idUSBRE82D14B20120314> (accedidas ambas en Agosto 2014).

el que se observan pagos indebidos al contratista encargado de integrar los aspectos tecnológicos del proyecto, Hewlett-Packard, el cual subcontractaba y aplicaba un 54% de margen sobre el coste, así como otras actuaciones no facturables según el contrato.

Respecto a la contratación en el ámbito de la **seguridad y la defensa**, hay que tener en cuenta la especialidad del ámbito militar, donde muchas veces se llevan a cabo proyectos con tecnología y materiales muy particulares cuando no únicos. Ejemplos de ello son el avión de combate Eurofighter Typhoon¹⁷⁴, los nuevos portaaviones británicos¹⁷⁵, o el americano FA-22 Razor entre otros¹⁷⁶.

En definitiva, podrían encontrarse ejemplos en todos los países¹⁷⁷. Sin embargo, ello no permite afirmar que estemos ante un problema global ya que perfectamente podría tratarse de episodios aislados, meramente anecdóticos. Es por ello que en el siguiente apartado se abordan estudios más completos sobre distintas realidades nacionales.

ii) *Estudio de realidades nacionales*

Tras estudiar casos aislados es momento de comprobar si la modificación resulta un problema a nivel nacional en otros países. Son dos las fuentes utilizadas para elaborar el segundo punto que sostenga la afirmación de que la modificación es un problema global. Por un lado, los estudios empíricos realizados por los académicos. Por otro, los informes y publicaciones de órganos nacionales que pongan de manifiesto la existencia del problema. De nuevo se ponen sólo algunos ejemplos y se excluye a España, que será objeto de análisis separado.

Estados Unidos es el país en que primero ven la luz estudios sobre el aumento de los costes en la contratación. Ya en 1973 MEREWITZ presentaba su estudio sobre 200 contratos de

¹⁷⁴ PUBLIC ACCOUNTS COMMITTEE, "Management of the Typhoon project", *House Of Commons*, vol. 30th Report - 2010-2012, HC 860, 2011.

¹⁷⁵ Portaaviones que pasan de 3.200 millones de libras a 6.500 millones; ver <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/40106756-4487-11e3-8926-00144feabdc0.html#axzz3CpzKQewT> (accedido en Agosto 2014).

¹⁷⁶ D. PARKER; K. HARTLEY, "Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence", *Journal of Purchasing and Supply Management*, vol. 9, 3, 2003, fecha de consulta 24 marzo 2014.

¹⁷⁷ B. FLYVBJERG, "Design by Deception: The Politics of Megaproject Approval", *Harvard Design Magazine*, vol. Spring/Summer, 22, 2005.

infraestructuras, de los que se modificaron casi 8 de cada 10 contratos (79%), siendo el sobrecoste medio del 50% respecto del valor estimado¹⁷⁸. Tras él han sido muchos los autores que han trabajado el tema, normalmente desde el ámbito de las infraestructuras, las TIC o la defensa¹⁷⁹. Dentro de los Estados Unidos, a nivel estatal son muchos los estudios que se han llevado a cabo. Al respecto es muy completo el estudio sobre proyectos de transporte de *Bordat et al.* que recoge la siguiente tabla:

Tabla 1: Porcentaje de proyectos con sobrecostes en algunos Estados de EEUU

Estado	Periodo	Proyectos con sobrecostes
Idaho	1997-2002	55%-67%
Indiana	1996-2002	55%
Missouri	1999-2002	60%-64%
New Mexico	2002	62%
Ohio	1994-2001	80%-92%
Oregon	1998-2002	61%
Tennessee	1998-2002	61%
Texas	1998-2002	66%-75%

Fuente: Bordat et al, *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, Joint Transportation Research Program, 2004

En 1998 KORMAN y DANIEL analizaron los sobrecostes de la construcción de carreteras en el Estado de Washington y llegaron a la conclusión que el 33% de los modificados (“change orders”) podían haberse evitado ya que se debieron a causas como una inadecuada preparación del proyecto, cláusulas ambiguas, errores del proyecto, cambios de diseño, entre otros¹⁸⁰.

En **Reino Unido** se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones la gravedad del problema. Aunque más adelante tendremos la oportunidad de estudiar con detenimiento el sistema inglés de modificación de los contratos, es útil adelantar ahora que la modificación de los contratos resulta un auténtico problema por los efectos negativos que tiene en la política del

¹⁷⁸ L. MEREWITZ, *Cost Overruns in Public Works*, Institute of Urban & Regional Development, University of California, 1972.

¹⁷⁹ D. PICKRELL, *Urban rail transit projects: Forecast versus actual ridership and cost*, U.S Department of Transportation, Washington, D.C, 1990.; C. BORDAT; B. G. MCCULLOUGH; S. LABI; K. C. SINHA, *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, Joint Transportation Research Program, Indianapolis, USA, 2004.; N. DANTATA; A. TOURAN; D. C. SCHNECK, “Trends in U.S. Rail Transit Project Cost Overrun”, 2006.

¹⁸⁰ C. BORDAT Y OTROS, *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, cit.

Value for Money y no, *a priori*, por sus efectos sobre otros aspectos del sistema de contratación como la transparencia. Existen varios documentos tanto del HM Treasury como de la National Audit Office al respecto.

En 1995 el HM Treasury señaló que más de un 25% de los proyectos de obra acaban con sobrecostes, y señala la deficiente definición de los proyectos como la causa principal de este tipo de fracaso¹⁸¹. En 2003 la NAO publica un informe en el que asegura que en 1999 en el 73% de los contratos tradicionales de obra pública se incurrieron en sobrecostes y un 70% en retrasos¹⁸². En definitiva, los sobrecostes suponen la norma más que la excepción en la contratación inglesa¹⁸³. Curiosamente se afirma que en ese país estamos ante un problema endémico¹⁸⁴. Incluso JENNINGS pretende desterrar la idea de que estamos ante un problema anglo-céntrico¹⁸⁵. En determinados ámbitos, como el de la contratación militar, se habla de “optimismo sistémico”¹⁸⁶.

En **Francia** el máximo órgano fiscalizador (la *Cour de Comptes*) ha señalado en sus informes que la modificación es un problema constante que se manifiesta de muchas maneras tanto en los contratos (*marchés*) como en las concesiones (*délégations de service*)¹⁸⁷.

También en **Italia** se ha puesto de manifiesto que la modificación del contrato es un problema generalizado. PONTAROLLO apuntó a que la modificación de contratos sirvió de cobertura para prácticas corruptas en el asunto Tangentopoli¹⁸⁸. Se calcula que entre 1985 y 1988 todos los contratos para la construcción de carreteras sufrieron al menos una

¹⁸¹ HM Government, *Setting new standards: a strategy for Government procurement*, HMSO, London, 1995.

¹⁸² NATIONAL AUDIT OFFICE, *PFI: Construction Performance*, 2003., p. 3; hay que poner en cuarentena esta afirmación ya que se trata de un documento publicado en la época en la que el Gobierno británico hacía esfuerzos por mostrar las bondades del PFI. Precisamente una de las pretendidas ventajas por las que se ha implantado el modelo PFI en Reino Unido es el incentivo que supone para su entrega según el plazo y el coste acordado.

¹⁸³ Y. . OLAWALE; M. SUN, “Cost and time control of construction projects: inhibiting factors and mitigating measures in practice”, *Construction Management and Economics*, vol. 28, 5, 2010.

¹⁸⁴ DUNLEAVY, Policy Disasters: explaining the Uk’s Record”, *Public Policy and Administration* 10, p. 68.

¹⁸⁵ W. JENNINGS, “Executive Politics, Risk and the Mega-Project Paradox”, cit. pretende desterrar la idea de que se trata un problema “anglo-centrico” argumentando que en países Escandinavos y del Sur de Europa también ha ocurrido.

¹⁸⁶ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Equipment Plan 2012 to 2022: Ministry of Defence*, 2013., p. 17; el informe habla de unos sobrecostes de 11.000 millones de libras entre 2000 y 2012.

¹⁸⁷ Ver Rapport Annuel de 1999, 2001, 2002, 2004 y 2006; ver www.comptes.fr

¹⁸⁸ E. PONTAROLLO, “Regulatory Aspects and the Problem of Corruption in Public procurement in Italy”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 1995.p. 208-210.

modificación, siendo tres el número medio de modificaciones por proyecto¹⁸⁹. Existe también un estudio interesante sobre los contratos marco. El estudio llevado a cabo por Consip (la central estatal de contratación pública) se centra en 4.457 contratos entre 2005 y 2008 y observa como los contratistas violaban los términos de los contratos de manera en más de uno de cada tres contratos –plazos, calidad, estándares acordados, etc- sin que las entidades adjudicadoras se decidiesen a tomar acciones –tan solo en un 3,4% de los casos se impusieron sanciones¹⁹⁰.

Además, en Europa también han sido estudiados los modificados en **Eslovenia**¹⁹¹, **Holanda**¹⁹², en **Noruega**¹⁹³, **Suecia**¹⁹⁴ o **Turquía**¹⁹⁵. Asimismo, en **Alemania** se ha creado un grupo de expertos sobre el tema cuyo informe al respecto se espera para finales de 2015¹⁹⁶. Suelen también ser citados los trabajos llevados a cabo en **Corea del Sur**¹⁹⁷ o la **India**¹⁹⁸.

iii) Estudios empíricos multinacionales

Una de las características del fenómeno que estudiamos es la falta de estudios transnacionales sobre la materia¹⁹⁹. Quizá la falta de transparencia que existe en muchos

¹⁸⁹ D. DELLA PORTA; A. VANNUCCI, “Analysing Political Corruption in Western Europe: SPain and the UK in Comparative Perspective”, en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2002., p. 70.

¹⁹⁰ G. SPAGNOLO, “Reputation, competition, and entry in procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, 3, 2012.

¹⁹¹ D. MAKOVSEK; P. TOMINC; K. LOGOZAR, “A Cost Performance Analysis of Transport Infrastructure Construction in Slovenia”, *Transportation*, 2011.

¹⁹² En Holanda los cambios durante la ejecución del contrato son algo relativamente común HEBLY, J.M y HEIJNSBROEK, P., “When amending leads to ending. A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change”, en PIGA, G., y TREUMER, S. (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2013, p. 174; para un estudio empírico ver C. C. CANTARELLI; V. WEE; BERT; E. J. E. MOLIN; B. FLYVBJERG, “Different Cost Performance: Different Determinants? The Case of Cost Overruns in Dutch Transport Infrastructure Projects”, *Transport Policy*, vol. 22, 2012;

¹⁹³ J. ODECK, “Cost overruns in road construction—what are their sizes and determinants?”, *Transport Policy*, vol. 1, 11, 2004.

¹⁹⁴ M. LUNDBERG; A. JENPANITSUB; R. PYDDOKE, “Cost overruns in Swedish transport projects”. *Working papers in Transport Economics* No 2011:11.

¹⁹⁵ D. ARDITI; G. T. AKAN; S. GURDAMAR, “Cost overruns in public projects”, *International Journal of Project Management*, vol. 3, 4, 1985.

¹⁹⁶ OECD, Hearing on auctions and tenders: further issues, DAF/COMP/WP2(2015)1, 19 de junio de 2015

¹⁹⁷ J. . LEE, “Cost overrun and Cause in Korean Social Overhead Capital Projects: Roads, Rails, Airports, and Ports”, *Journal of Urban Planning and Development*, vol. 132, 2008.

¹⁹⁸ S. MORRIS, “Cost and Time Overruns in Public Sector Projects”, *Economic and Political Weekly*, vol. 15, 47, 1990.

¹⁹⁹ Queja compartida por F. BLANC-BRUDE; D. MAKOVSEK, *Construction Risk in Infrastructure Project Finance*, EDHEC Business School, 2013, p. -,6 .

países acerca de los proyectos llevados a cabo sea la razón de esta escasez de datos. En todo caso, se advierte ahora que no se pretende aquí comparar los estudios existentes entre sí, algo que sería imposible dada la heterogeneidad de los datos y su diferente objeto y localización. Se trata sólo de mostrar la incidencia de la modificación en el mundo.

El primer estudio es el dirigido por el hoy profesor de Oxford Bent FLYVBJERG²⁰⁰. El proyecto de momento ha tenido dos fases: la primera publicada en 2002 estudiaba una muestra de 258 proyectos (ferroviarios, túneles, puentes y carreteras) construidos entre 1927 y 1998 en 20 países²⁰¹. Más adelante dicho estudio ha sido ampliado a 806 proyectos en 37 países, incluyendo ahora el sur y este de Europa y África²⁰².

El estudio define el concepto de sobrecoste (“*cost overrun*”) como la diferencia entre el coste efectivo real y el coste estimado inicial. Entre los hallazgos más importantes se encuentran los siguientes datos:

1. Hay diferencia de coste en casi 9 de cada 10 proyectos (86%).
2. La diferencia de coste medio hallado es del 28%. En la primera fase de su estudio, los proyectos ferroviarios fueron donde más desviación se encontraron (45%), seguidos de puentes y túneles (34%) y carreteras (20%)²⁰³. En la segunda fase la construcción de túneles se convierte en la que mayores sobrecostes acarrea con una media del 35% (las carreteras las que menos, con una media que no alcanza el 20%).
3. Observa una relación entre sobrecostes y plazo de ejecución del proyecto, siendo de media el incremento de coste un 4,64% por cada año de plazo.
4. Que el número de sobrecostes y su media no han mejorado con el transcurso del tiempo -70 años- a pesar de las mejoras tecnológicas habidas. Este dato hace plantearse la afirmación de que los sobrecostes se producen por problemas técnicos.
5. Subestimar los costes es mucho más común que sobrestimarlos, lo cual se refleja en que los sobrecostes son más habituales que el ahorro.
6. El fenómeno se da con mayor frecuencia en países en desarrollo que en países desarrollados.

²⁰⁰ B. FLYVBJERG; M. S. HOLM; S. L. BUHL, “Underestimating Costs in Public Works Projects: Error or Lie?”, *Journal of the American Planning Association*, vol. 68, 3, 2002. El mismo proyecto es objeto de estudio de varios artículos psoteriores B. FLYVBJERG; M. K. SKAMRIS HOLM; S. L. BUHL, “How common and how large are cost overruns in transport infrastructure projects?”, *Transport Reviews*, vol. 23, 1, 2003.

²⁰¹ Entre los países están Canada, Dinamarca, Alemania, Francia, Japón, México, Holanda, Noruega, Suecia o Estados Unidos.

²⁰² C. C. CANTARELLI; B. FLYVBJERG; S. L. BUHL, “Geographical Variation in Project Cost Performance: The Netherlands versus Worldwide”, *Journal of Transport Geography*, vol. 24, 2012.

²⁰³ B. FLYVBJERG Y OTROS, “Underestimating Costs in Public Works Projects”, cit., p. 282.

El segundo estudio al que haremos referencia es el de José Luis GUASCH y otros²⁰⁴. El proyecto se centra en la región América del Sur-Caribe, sobre una muestra de 896 contratos de concesión adjudicados entre 1982 y 2000. Entre las conclusiones más interesantes encontramos:

1. El número de proyectos objeto de renegociación difiere según el sector. Por ejemplo, en el sector del agua alcanza el 74,4% de los proyectos mientras que en el sector eléctrico el 9,7%. En las concesiones del sector transportes la modificación se produce en el 55%. La media total de contratos modificados se situó en el 30%, un 41,5% si se excluye telecomunicaciones, donde las concesiones fueron auténticas privatizaciones.
2. La renegociación ocurre poco tiempo después de firmarse el contrato: un 85% de los casos en los primeros cuatro años.
3. Los concesionarios fueron quienes iniciaron la negociación tendente a la modificación del contrato (un 61% de los casos).
4. Los sectores donde existía una entidad reguladora presentan menor probabilidad de renegociación.
5. La renegociación se da en más ocasiones en contratos adjudicados competitivamente (46%) que en los contratos adjudicados sin un procedimiento competitivo (8%).
6. Las concesiones que incluyen entre las cláusulas obligaciones de inversión por parte del concesionario se modificaron más (71%) que las que tan solo incluían la obligación de alcanzar unos indicadores de resultado (13%).
7. Cuando el marco regulatorio (derechos y obligaciones de las partes) era tan sólo el contrato se produjeron más modificaciones (40%) que si aquél se contenía en un Decreto (28%) o en una Ley (17%).

Otras conclusiones interesantes, relacionadas con el papel de determinadas instituciones son el hecho de que la existencia de un cuerpo regulador en el momento de adjudicar la concesión disminuye la probabilidad de renegociación (un 61% frente al 17%); que cuanto mayor es la captura del regulador mayor será la probabilidad de renegociación; o que cuanto mayor es el coste de obligar a ejecutar el contrato inicial, mayor es la probabilidad de renegociación.

²⁰⁴ J. L. GUASCH Y OTROS, *Contract Renegotiations and Concessions in the Latin America and Caribbean Region: An Economic Analysis and Empirical Implications*, cit.; J. L. GUASCH; J.-J. LAFFONT; S. STRAUB, *Renegotiation of concession contracts in Latin America*, The World Bank, 2003; J. L. GUASCH, *Granting and renegotiating infrastructure concessions doing it right*, World Bank, Washington, D.C, 2004; y L. ANDRES; J. L. GUASCH; S. STRAUB, *Do Regulation And Institutional Design Matter For Infrastructure Sector Performance ?*, World Bank, 2007.

Otro estudio que puede ser enmarcado en este apartado es el realizado por RGL Forensics, Faber Maunsell/Aecom y Frontier Economics para la Comisión Europea²⁰⁵. El estudio evalúa los sobrecostos y retrasos de los proyectos cofinanciados por el ERDF (European Regional Development Fund), siendo la muestra de 155 proyectos en 9 países europeos. El objetivo del estudio es crear una base que sirva a la Comisión como referencia a la hora de evaluar futuros proyectos. Los resultados obtenidos son muy heterogéneos y hay países donde se estudia un sólo proyecto mientras que en otros se estudian trece. Lo que interesa es la idea general de un continente marcado por los sobrecostos –con una media de 21,2% de sobrecoste por proyecto. Los autores señalan explícitamente que “la mayoría de los proyectos de la base de datos no fueron completados ni en tiempo ni en coste”²⁰⁶.

Tabla 2: Variaciones de coste soportadas por proyectos en distintos países europeos (2000-2006)

% / (número de proyectos)	Ferrocarriles	Carreteras	Transporte urbano	Agua	Energía	Media ponderada por país
Alemania	-4,3% (6)	-10,0% (3)				-6,2%
España	12,8% (6)	30,7% (1)		17,4% (2)		15,8%
Francia			32,9% (1)			32,9%
G. Bretaña					110,7% (1)	110,7%
Grecia	74,3% (2)	19,7% (8)	20,1% (2)		0,00% (1)	26,6%
Irlanda		2,1% (5)	74,1% (1)			14,1%
Italia	62,4% (5)	-5,0% (2)		-0,9% (1)		37,6%
Polonia		19,7% (2)	80,9% (2)			50,3%
Portugal			9,0% (1)		3,3% (4)	4,4%
Media ponderada por sector	26,9%	9,4%	45,4%	11,3%	20,7%	21,2%

Fuente: RGL FORENSICS; FORNTIER ECONOMICS; FABER MAUNSELL/AECOM, *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, 2009

Tabla 3: Variación en los plazos de ejecución previstos en distintos países europeos (2000-2006)

% / (número de proyectos)	Ferrocarriles	Carreteras	Transporte urbano	Agua	Energía	Media ponderada por país
Alemania	40,2% (6)	4,7% (3)				28,4%
España	15,3% (6)	27,3% (1)		55,9% (2)		25,7%
Francia			4,9% (1)			4,9%
G. Bretaña					0,0% (1)	0,0%
Grecia	24,4% (2)	17,8% (7)	13,2% (2)		12,6% (1)	17,7%
Irlanda		9,0% (5)	52,2% (1)			16,2%
Italia				88,4% (1)		88,4%
Polonia	5,9% (1)		2,7% (2)			3,8%
Portugal			258% (1)		41,5% (4)	84,9%

²⁰⁵ RGL FORENSICS; FORNTIER ECONOMICS; FABER MAUNSELL/AECOM, *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, 2009.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 13 (traducción propia)

Media ponderada por sector	25,8%	13,2%	49,6%	66,7%	29,8%	26,2%
----------------------------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Fuente: RGL FORENSICS; FORNTIER ECONOMICS; FABER MAUNSELL/AECOM, *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, 2009

Más recientemente, PriceWaterhouseCoopers y ECORYS presentan un informe sobre corrupción y contratación pública en el que analizan 86 posibles casos que seleccionan por su potencial conexión con la corrupción. De esos 86 casos, el 53% tuvo sobrecostes, con una media del 28% de sobrecoste en cada proyecto. Es más, se observa que los contratos que mayores sobrecoste sufren son los del sector de la formación, si bien los que se ven afectados en mayor número son los del sector del agua y el tratamiento de residuos.²⁰⁷

El Banco Mundial por su parte ha elaborado la base de datos ROCKS (Road Costs Knowledge System) para conocer el coste real de la construcción de carreteras en el mundo²⁰⁸. La puesta a disposición de los datos en formato abierto (un Excel con todos ellos) lo convierte en una herramienta muy poderosa para la investigación. Aquí no se limita al sector de la construcción.

En definitiva, en la sección que ahora acaba se ha tratado de mostrar el carácter global de la modificación a través de ejemplos particulares, estudios nacionales y estudios internacionales. Todo ello echar por tierra los argumentos de quienes consideran éste un problema sólo español. Pero también abre la puerta a que estudiemos cómo otros sistemas han solucionado o han tratado de solucionarlo. Lo primero que salta a la vista al realizar una revisión de la literatura académica es que estamos ante un problema que no sólo es global, sino también multidisciplinar. A ello dedicaremos las siguientes páginas.

iv) Los estudios de la modificación en España

Sigamos ahora el mismo esquema para analizar el estado de la cuestión en España. Más adelante se aborda un estudio de las normas españolas que a lo largo de la historia han tratado de solucionar el problema de la modificación. En este momento se realiza una primera aproximación al fenómeno objeto de estudio siguiendo el esquema ya conocido: primero estudiaremos algunos casos individuales y después haremos un repaso por los estudios

²⁰⁷ ECORYS; PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, cit., p. 168.

²⁰⁸ <http://web.worldbank.org/>

empíricos e informes de distintas entidades. Todo ello permite confirmar la existencia del problema en nuestro país, donde la modificación “constituye una de las bases en que se asienta la gestión ordinaria de algunos tipos de contratos públicos”²⁰⁹.

Ejemplos recientes de estos abusos no faltan. A comienzos de 2014 Paloma SOBRINI, la que fuera Decana del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, denunciaba que “adjudicar una obra a una oferta que está por debajo o muy por debajo del presupuesto implica un problema seguro (...). Es un juego que se ha convertido en práctica habitual y ya es hora de que se denuncie alto y claro por la sociedad y forcemos a los legisladores a tomar medidas que frenen estos abusos”²¹⁰. Y es que entre 2008 y 2014 el Ministerio de Fomento satisfizo cerca de 10.000 millones de euros en sobrecostes, 5.000 de los cuales en modificados y en obras complementarias, 4.000 en revisión de precios y 1.000 en aumento de las expropiaciones²¹¹.

Un caso interesante es el de la línea del AVE Madrid-Barcelona. El Tribunal de Cuentas las principales contrataciones desde el 1 de enero de 2002 hasta la puesta en funcionamiento²¹². En dicho proyecto se licitaron 2.095 contratos por 7.550 millones que se adjudicaron por 6.823. El coste final ha sido de 8.967, un 31,4% más. El Tribunal llama la atención sobre la existencia de tramos en los que se producen desviaciones de hasta el 221,6% respecto al precio inicial. Centrándose en los contratos de obra, el Tribunal de Cuentas observa que de obra principal son unos 2.000 millones (ahorro medio del 9% en la adjudicación), que a la postre, tras las 69 modificaciones, los 14 contratos de obra complementaria, y los 8 de obra de emergencia, ascienden a más de 3.000 millones, lo que supone un incremento de cerca del 50%. Algunos de estos casos incluso han hecho incluso peligrar las subvenciones europeas recibidas²¹³.

²⁰⁹ B. PÉREZ CRESPO, “La reforma del régimen de modificación de los contratos públicos”, *Cuenta con IGAE*, vol. 26, junio, 2011.p. 22.

²¹⁰ P. SOBRINI, “Los arquitectos denunciados”, *El País*, 2014, fecha de consulta 26 septiembre 2014, en http://elpais.com/elpais/2014/01/10/opinion/1389382195_706061.html.

²¹¹ http://politica.elpais.com/politica/2014/05/11/actualidad/1399839251_590970.html (accedido en mayo 2014).

²¹² Informe del Tribunal de Cuentas núm.983, de 25 de abril de 2013, de Fiscalización de las principales contrataciones relacionadas con la construcción de la línea férrea de alta velocidad Madrid-Barcelona, desarrolladas desde el 1 de enero de 2002 hasta la puesta en funcionamiento de la línea.

²¹³ Nos remitimos al estudio de estas sentencias al apartado en que estudiamos el Derecho de la UE, donde estudiaremos el llamado caso AVE. Caso, por cierto, teñido por la corrupción (ver http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/05/05/catalunya/1399269575_116053.html).

Son muchos los escándalos recientes en torno a los sobrecostes²¹⁴. Así, el puerto exterior de A Coruña se licitó en 2004 por 436 millones, se adjudicó por 370 y se prevé que acabe costando unos 1.000 millones²¹⁵. Otro caso considerado por la prensa como uno de los grandes ejemplos del despilfarro vivido en España en los años de bonanza económica es la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia, que interesa aquí por ser ejemplo particular de sobrecostes²¹⁶. En el centro de la polémica está el edificio del Ágora, que ha pasado de 40 millones a cerca de 80 por los sobrecostes²¹⁷. También son conocidos los casos de las autopistas, no sólo las radiales de Madrid, sino también la de Madrid-Toledo, la de Alicante-Cartagena o la de Cartagena-Vera, o el caso del Canal de Panamá²¹⁸.

Además de los casos particulares traídos a colación, hay que analizar tanto los estudios empíricos existentes como los Informes de distintos organismos que pongan de manifiesto la magnitud del problema. Respecto a los primeros llama la atención que tan solo exista uno, realizado por el economista y profesor Juan José GANUZA²¹⁹. El autor estudia todas las certificaciones de los 265 proyectos de más de 500 millones de pesetas realizadas por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente durante el año 1993. El autor pone de manifiesto que:

1. El 77% de las obras estudiadas presentan sobrecostes.
2. El sobrecoste medio de las obras es del 14%. El proyecto adicional –sobrecoste y complementario juntos- encarece las obras un 22%.
3. Un tercio de los modificados se sitúan entre el 19 y 20%, siendo sólo un 6% el número de proyectos que superan ese umbral y que, por tanto, requerían aprobación del Consejo de Estado. El autor subraya aquí el más que probable comportamiento estratégico de los operadores, que evitan superar dicho umbral para agilizar el procedimiento.
4. La corrección de defectos del proyecto es la causa de un 43,01% de los modificados, seguido de las mejoras al proyecto original (19,67%).

²¹⁴ <http://www.elmundo.es/espana/2014/09/14/54149ec4268e3e72608b4589.html>-

²¹⁵ http://elpais.com/diario/2010/05/11/galicia/1273573099_850215.html-

²¹⁶ Puesto como ejemplo de despilfarro por la revista TIME <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,2114888,00.html>.

²¹⁷ Visto en el Informe de Fiscalización 2013/29 del Grupo Ciudad de las Artes y de las Ciencias (CACSA) del Sindic de Comptes Valencià.

²¹⁸ F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá”, *Revista de Administración Pública*, vol. 194, mayo-agosto, 2014., p. 481.

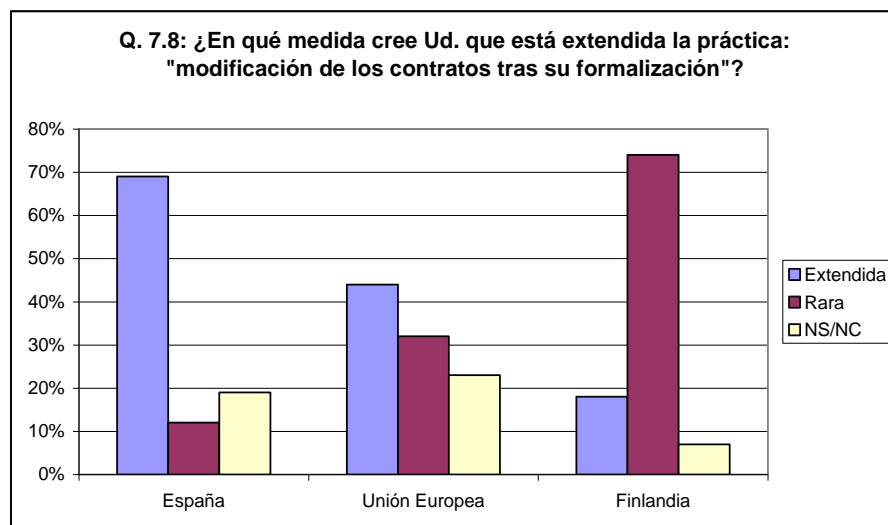
²¹⁹ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

5. Existen grandes diferencias en el número de proyectos con sobrecoste según el tipo de adjudicación. La subasta con admisión previa (92%) y el concurso con admisión previa (97%) presentan sobrecostes un mayor número de ocasiones que la contratación directa (13%).
6. El coeficiente de adjudicación sin incluir los sobrecostes es de 0,86. Esto quiere decir que el contrato se adjudica al 86% del precio estimado, logrando así un descuento o baja. Los sobrecostes elevan el coeficiente a 0,98, y si se incluyen también trabajos complementarios es del 1,04. Ello lleva al autor a poner de manifiesto que el ahorro que se pretendía a través de la licitación se disipa con los sobrecostes. Por parte de los contratistas, parece que las rebajas que ofrecen acaban compensándose con las rentas obtenidas a posteriori. Teniendo en cuenta el coeficiente de adjudicación y los trabajos adicionales, el método que mejor se comporta es el concurso subasta (0,9) frente al concurso restringido con admisión previa que es el que peor (1,16). Esto supone que un proyecto con un precio de licitación de 100 acaba costando 90 o 116 respectivamente.

Además del estudio empírico del profesor GANUZA, existen Informes y Dictámenes de diversos organismos que ponen de manifiesto que estamos ante un problema general.

Recientemente, la Comisión Europea ha publicado los resultados de las encuestas de percepción que realizó para su Eurobarómetro “Businesses’ attitudes towards corruption” donde se preguntó acerca de la modificación de los contratos, siendo España el país que obtiene un peor resultado en la pregunta:

Tabla 4: ¿En qué medida cree Ud. que está extendida la práctica “modificación de los contratos tras su formalización”?



Fuente: EUROPEAN COMMISSION, Eurobarometer 374 on Businesses' attitudes towards corruption in the EU, 2014

España es el país en el que mayor la percepción de que la modificación de los contratos públicos está muy extendida (69%), muy lejos de la media europea (44%) y del país que mejor se comporta, Finlandia (18%)²²⁰.

Por su parte, la Intervención General de la Administración del Estado lleva a cabo anualmente sus Informes sobre resultados de ejecución de los planes de control financiero permanente. En el de 2007 se observan los siguientes datos:

Tabla 5: Informe sobre resultados de ejecución de los planes de control financiero permanente (2007)

<i>Plan 2007</i>	Exp.	P.Adjud
Ministerios	543	2.382.463
Organismos	614	2.231.080
TOTAL	1.157	4.613.543

Modificación	Porcentaje	Liquidación	Porcentaje	Coste Total	Porcentaje	Revisión precios	TOTAL	Porcentaje
239.268	10,04%	198.988	8,35%	2.820.719	18,40%	224.948	3.045.667	27,84%
188.298	8,44%	165.046	7,40%	2.584.424	15,84%	86.748	2.671.172	19,73%
427.566	9,27%	364.034	7,89%	5.405.143	17,16%	311.696	5.716.839	23,91%

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda, IGAE Plan de control financiero permanente para 2007

En el propio estudio se destaca que en la mayoría de liquidaciones el gasto se acercaba al 10%, cifra que como veremos es permitida por nuestra legislación. Todos estos modificados provocan retrasos en los plazos que llegan a alcanzar el 275% (destacando, según el Informe, los contratos del Ministerio de Medioambiente, de Fomento y de ADIF).

Pues bien, a pesar de la utilidad de estos datos, ya no se vuelven a proporcionar de manera tan detallada. En el Informe de 2008 no hay comentario alguno a la modificación. En el de 2009 aunque no hay tabla sí se comentan algunos aspectos interesantes. Primero, que sigue existiendo una diferencia importante entre el precio de adjudicación y la contraprestación final satisfecha. Y destaca especialmente el Ministerio de la Vivienda (50% de contratos modificados con un incremento medio del 37%), o la Dirección General del Agua (36% de los contratos modificados con un incremento del 18%). En el Plan de 2010 tampoco hay una tabla detallada, pero sí algunos comentarios aislados. Primero, que la realización de los

²²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Eurobarometer 374 on Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, 2014.

modificados de obras se ampara en circunstancias que no pueden ser consideradas imprevisibles en el momento de confeccionar el proyecto (destaca el caso de las Confederaciones Hidrográficas o de la Sociedad Española de Infraestructuras Agrarias SEIASA). A partir del Informe 2011, que debió ser publicado en 2012, este autor ha sido incapaz de localizarlos²²¹.

El Consejo de Estado en sus Memorias anuales ha puesto de manifiesto de manera reiterada el problema. Interesa ahora recoger la forma en la que menciona el fenómeno como un problema extendido. En su Memoria anual de 1986 el Consejo de Estado, al hablar de la modificación de los proyectos y de los contratos señala que “con más frecuencia de lo que sería deseable (...) se manifiestan o sobrevienen circunstancias determinantes de una o varias modificaciones del proyecto inicial”²²². En términos similares, y cada vez más contundentes se pronuncia en sus Memorias de 1990, 2004, 2007, 2011, entre otros. En la Memoria de 2004, por ejemplo, afirmaba que “se detectan situaciones que no serían admisibles en el mundo de los negocios entre particulares, lo que evidencia el contraste entre las predicadas prerrogativas de la Administración, que operan con frecuencia, sobre todo a favor del contratista, y la debilidad o ineficacia real de los controles administrativos, en la preparación, la vigilancia y el seguimiento de los contratos”, e incluso observa un “uso de prerrogativas administrativas a iniciativa y en interés del contratista”²²³.

Refleja a la perfección la situación el muchas veces citado Dictamen del Consejo de Estado con ocasión del Anteproyecto de la LCAP, en que se afirma que “una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en

²²¹ El intento de obtener copias se traduce en la siguiente respuesta, de fecha 27 de octubre de 2015:

“En relación con las preguntas planteadas, desde la Oficina Nacional de Auditoría les informamos de que los informes generales de control elaborados por la Intervención General de la Administración del Estado (en adelante IGAE) son tramitados de conformidad con lo previsto en el artículo 146.1 y 166.5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de tal manera que su destinatario es el Consejo de Ministros.

En relación con la publicidad de los citados informes por parte de la IGAE, cabe informarles que ésta sólo resulta posible a partir de la reciente modificación del artículo 146 de la LGP que, con efectos de 1 enero 2015 y vigencia indefinida, prevé la publicación en la página web de la IGAE de los informes generales de control, una vez presentados al Consejo de Ministros”.

Por tanto, esta situación de escasa transparencia cambiará en los informes presentados después del 1 de enero de 2015.

²²² Memoria del Consejo de Estado 1986, p. 104.

²²³ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 130-131.

ocasiones, que no llega a constar de forma expresa la necesaria aceptación por su parte”²²⁴. Y en ese mismo Dictamen afirmaba que “gran parte de las modificaciones contractuales son referibles a motivaciones que desnaturalizan la institución”.

Respecto al Tribunal de Cuentas, en el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante 2010 y 2011 por las Administraciones Públicas se concluye que en algunos supuestos no consta la realización total del contrato. Además, se señala que en los expedientes de contratación de obras se refleja la “excesiva frecuencia con la que, en este tipo de contratos, se producen incidencias que conllevan incrementos de costes y de plazos de ejecución y que, en muchas ocasiones, pudieron y debieron haberse previsto al redactar los correspondientes proyectos iniciales y en la planificación de las propias obras”²²⁵. En el mismo sentido se pronuncia el Informe de fiscalización del Fondo Estatal de Inversión Local entre las que destaca que un 83% de los proyectos analizados no cumplieron los plazos de ejecución establecidos a pesar de que las obras se tramitaron por el procedimiento de urgencia –lo que en ocasiones dio lugar a la incoación de reintegro. En el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se afirma que un 92% de los contratos de obras analizados presentaron desviaciones en el precio inicial derivados principalmente de los modificados y obras complementarias. En muchos casos, señala el Informe, los modificados se justificaron en deficiencias del proyecto –v.g insuficiencia del estudio geotécnico. En el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social el 76,5% de los contratos analizados sufrió desviaciones del precio inicial por razones similares a las que se dan en el INSS. Respecto al Informe de fiscalización del Sector Público Autonómico, ejercicios 2008 y 2009, el Tribunal concluye que en la ejecución de los contratos se producen frecuentes retrasos sin imposición de sanciones a los contratistas, y numerosas modificaciones que no responden a nuevas necesidades surgidas en la ejecución. Específicamente se dice que es frecuente que se tramiten como contratos complementarios cuando realmente constituyen modificaciones al ser unidades cuya realización es absolutamente necesaria. Se recalca que muchas modificaciones no serían necesarias con la suficiente previsión en la actuación preparatoria. En esta misma línea se encuentra el Informe del Tribunal de Cuentas del año 2012: sobre costes, prórrogas, falta de trámites preceptivos o falta de remisión de información como

²²⁴ Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de mayo de 1992 (núm. 214/1992). La misma contudencia en Dictámenes CE 1629/91, de 23 enero 1992; 1508/93, de 10 de febrero de 1994; 3371/96, de 28 de noviembre.

²²⁵ Memoria del Consejo de Estado del año 2013.

práctica habitual²²⁶.

En algunas Comunidades Autónomas, gracias a los portales de transparencia que se han ido implantando a raíz de la aprobación de las leyes de transparencia autonómicas, se puede observar también datos. En la mayoría los datos se presentan de manera confusa y poco reutilizable. Por ello hay que destacar algunas Comunidades por el esfuerzo realizado. Por ejemplo, el Gobierno de Canarias²²⁷. Gracias a los datos presentados, se puede llevar a cabo trabajos como el de Raúl SÁNCHEZ, en el que detalla que a fecha de enero de 2014, las 19 licitaciones todavía en ejecución sumaban un sobre coste de 330 millones de euros²²⁸. Algunos casos, como el de la carretera San Andrés-Cruz del Castillo adjudicada a Acciona presenta un sobre coste de casi el 100% del coste inicial (de 32 millones a 61) justificado por las obras complementarias en el entorno urbano de los Sauces y varios modificados:

- 1.- Modificaciones en el trazado geométrico (Tramo I, Variante de Barlovento y Tramo II).
- 2.- Modificaciones en las explanaciones.
- 3.- Modificaciones en el drenaje.
- 4.- Modificaciones en estructuras y muros.
- 5.- Modificaciones en voladizos.
- 6.- Soluciones propuestas al tráfico durante la ejecución de las obras.
- 7.- Señalización, balizamiento y defensas.
- 8.- Texto refundido del Estudio detallado de Impacto ecológico.
- 8.- Obras complementarias (reordenación de accesos); Aumento del volumen de los muros por desviaciones importantes en las mediciones en recorridos a media ladera (orografía y geotecnia complicadas), se encarece la ejecución de obras de desmonte por horarios intermitentes, ajuste de planificación de recursos en el Barranco de Gallegos y en el Tramo III;
- 1.- Obras complementarias en el núcleo urbano de los Sauces: instalación de suministros de servicios, adecuación del entorno de la obra, proyecto de nueva glorieta (pk 0,700).
- 2.- Obras complementarias en señalización, balizamiento y defensa.
- 3.- Obras complementarias en drenaje transversal (adaptación y muros de sostenimiento de piedra en los emboquilles).

O la carretera de Puerto Rico a Mogán adjudicada a FCC y Corsán Corvian, que pasa de 111 a 203 millones (82%), o la de Pagador Guía a OHL, de 53 a 95 millones (78%).

²²⁶ Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1066, de 20 de diciembre de 2014, de Fiscalización relativa a la Contratación del Sector Público estatal celebrada durante el ejercicio 2012; como ejemplo ver el caso de RTVE.

²²⁷ http://www.gobiernodecanarias.org/opencms8/export/sites/transparencia/contenidos/Descargas/58_obras/obraspublicas_obras.pdf.

²²⁸ <http://www.mapadelpoderencanarias.com/reportajes/>

d. La modificación como problema multidisciplinar

Como se pone de manifiesto en el apartado que trata los aspectos metodológicos del trabajo, las herramientas de análisis y estudio pertenecen al ámbito de lo jurídico. Sin embargo, la modificación de los contratos públicos es un tema abordado también por otras disciplinas como la Economía, la gestión de proyectos o, aunque no la abordemos, la Psicología, con ideas como la “falacia del planificador”²²⁹. Se trata ahora de explicar algunos conceptos tratados por éstas en tanto que luego se integrarán en el diálogo de la Tesis como un elemento de estudio más. Asimismo, este breve repaso es prueba suficiente de la afirmación que enuncia este apartado: la modificación de los contratos es un problema multidisciplinar.

i. La literatura económica sobre renegociación de los contratos

Interesa ahora centrar el análisis en el ámbito de la Economía, dada su complejidad e importancia en relación con el estudio posterior²³⁰. Se observará a lo largo de esta Tesis como muchos de los problemas prácticos y regulatorios de la modificación tiene una estrecha relación con lo que ahora se estudia.

Cuatro son las áreas dentro literatura económica que conviene tomar en consideración para nuestro trabajo. La primera es la literatura referente a la teoría de la subasta (*auction theory*), la segunda, se refiere a la teoría de la agencia (*agency theory*); la tercera a la teoría del contrato incompleto (*contract incompleteness theory*); y la cuarta es la llamada Economía institucional (*Institutional economics*), que estudia el rol de las instituciones en el comportamiento económico de los agentes.

Dentro de la teoría de la subasta, interesa especialmente la teoría conocida como “la maldición del ganador” (o *winner’s curse*)²³¹. Simplificando, la teoría considera que todos los participantes de una subasta tratarán de estimar el valor del objeto por el que pujan, adaptando su puja a dicha estimación. Si resulta que la estimación (puja) del ganador supera

²²⁹ Desde donde se han aportado algunas explicaciones como la “falacia de la planificación” de KAHNEMAN, premio Nobel en 2002 “por haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre”.

²³⁰ Sobre el Análisis Económico del Derecho –desmontando muchos de los mitos al respecto- ver G. DOMÉNECH PASCUAL, “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, vol. 195, septiembre-diciembre, 2014.

²³¹ R. H. THALER, “Anomalies: The Winner’s Curse”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, 1. ; H. HONG; M. SHUM, “Increasing Competition and the Winner’s Curse: Evidence from Procurement”, *Review of Economic Studies*, vol. 69, 4, 2002.

al valor real, se estará pagando un sobreprecio que se explica en su exceso de optimismo a la hora de valorar el objeto y pujar. Por tanto, a pesar de haber vencido en la puja, se ha perdido respecto al valor recibido. Tratemos de aplicar esta teoría a los modificados: un licitador estima que podrá realizar el proyecto en una cantidad, pero resulta que ésta es demasiado baja respecto al coste real. Por tanto, su optimismo económico-empresarial le habrá llevado a ganar la subasta, pero también a tener que llevar a cabo un contrato por un precio menor del que podría haber obtenido, llegando incluso a ser tan bajo que ejecutar el contrato sea inviable. Las únicas salidas posibles para el ganador serán: i) abandonar el contrato; ii) pretender su modificación.

Otra cuestión relacionada con el juego de subasta es el hecho de que no siempre el ganador tiene que ser el más eficiente, sino que puede ser el que tenga menor aversión al riesgo, i.e. el que apueste más fuerte, o el que mejor haya anticipado la oferta de los demás jugadores²³². Y no sólo puede tratarse de una oferta baja por un error de estimación, sino que tras ese comportamiento puede esconderse un comportamiento premeditado o estratégico para obtener el contrato²³³.

La segunda de las teorías que tiene un impacto directo es la llamada teoría de la Agencia, que trata de explicar las relaciones que surgen cuando una persona realiza una tarea por cuenta de otra²³⁴. Las dos partes intervinientes son el “principal” y el “agente”, las cuales, además de una diferente postura ante el riesgo, también tienen intereses distintos. Esta teoría sirve de base para explicar otras como la existencia de selección adversa (existencia de información oculta o asimétrica)²³⁵, de riesgo moral (existencia de acciones ocultas)²³⁶ y de comportamientos oportunistas.

²³² J. DE BRUX, “Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis”, 2011, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris.

²³³ P. BAJARI; R. S. McMILLAN; S. TADELIS, *Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*, National Bureau of Economic Research, 2003, fecha de consulta 8 diciembre 2014, en <http://www.nber.org/papers/w9757>.

²³⁴ S. A. ROSS, “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *American Economic Review*, vol. 63, 2, 1973. Related to contracting is the seminal work R. P. MCAFEE; J. McMILLAN, “Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 17, 3, 1986.; K. M. EISENHARDT, “Agency Theory: An Assessment and Review”, *Academy of Management Review*, vol. 14, 1, 1989.

²³⁵ G. A. AKERLOF, “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 3, 1970. Akerlof, 1970).

²³⁶ D. P. BARON; D. BESANKO, “Monitoring, Moral Hazard, Asymmetric Information, and Risk Sharing in Procurement Contracting”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 18, 4, 1987.

Por ejemplo, los encargados de administrar se mueven bajo parámetros y prioridades distintas a quienes legislan. De ahí que quienes legislan hayan instituido órganos de control. A la hora de legislar los intereses públicos se plasman en las leyes reflejando un equilibrio que dependerá de la ideología de los legisladores, pero en todo caso eso se hace tras un periodo de debate. Quien administra, en cambio, ve en todos estos controles sistemas que entorpecen su gestión.

Dentro de la contratación pública estos comportamientos pueden provenir de la Administración²³⁷, del contratista, o de un tercero²³⁸. Normalmente se describen dos relaciones de agencia diferentes²³⁹. Por un lado, la relación entre el principal (contribuyente) y el agente (Administración). Por otro, la relación entre principal (Administración) y el agente (contratista). En todo caso, principal y agente no suelen compartir los mismos intereses por lo que la solución pasa por elaborar un esquema de incentivos tal que el agente actúe en beneficio del principal²⁴⁰. En cierta medida se busca alinear los incentivos entre las partes implicadas.

Una de las consecuencias de la existencia de estas relaciones es la de tratar de limitar el oportunismo en las relaciones contractuales público-privadas a través de cláusulas más específicas (complejidad del objeto y de las cláusulas) y más rígidas (intolerancia hacia las adaptaciones)²⁴¹.

En tercer lugar, la teoría del contrato incompleto o imperfecto (“*theory of the incompleteness of the contract*”)²⁴² centra su atención en la renegociación de los contratos²⁴³.

²³⁷ Sobre el oportunismo público ver P. T. SPILLER, “A Positive Political Theory of Regulatory Instruments: Contracts, Administrative Law or Regulatory Specificity?”, *Southern California Law Review*, vol. 69, 1996.

²³⁸ M. W. MOSZORO; P. T. SPILLER, *Third-Party Opportunism and the Nature of Public Contracts*, National Bureau of Economic Research, 2012.

²³⁹ En el artículo de C. R. YUKINS, “A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model”, *Public Contract Law Journal*, 2010. se puede observar cómo un jurista aplica el marco de la Teoría de la Agencia a la contratación pública.

²⁴⁰ S. F. DEAKIN; J. MICHIE (EDS.), *Contracts, co-operation, and competition*, cit.p. 6.

²⁴¹ J.-J. LAFFONT; J. TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1993.

²⁴² Fueron WILLIAMSON y GOLDBERG los primeros en plantear el impacto de los costes de transacción como fundamental escollo frente al contrato completo: WILLIAMSON 1976 ; GOLDBERG, 1976; Luego S. . GROSSMAN; O. HART, “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986.; O. HART; J. MOORE, “Incomplete Contracts and Renegotiation”, *Econometrica*, vol. 56, 4, 1988.

²⁴³ En efecto, se refiere a la “renegociación del contrato” para describir el fenómeno —“renegotiation” es el término usual en el ámbito económico. Vid. J. DE BRUX, “Renegotiation and performance in public-private

En la contratación pública hay dos momentos de negociación –en términos económicos. En primer lugar, se produce la fijación inicial de las condiciones. La configuración de ese contrato inicial es clave en el resultado posterior, por lo que los economistas estudian el diseño del contrato inicial²⁴⁴. En un segundo momento, durante la ejecución de dicho contrato, puede surgir la necesidad de volver a negociar estas condiciones lo cual dará lugar a un segundo acuerdo. La segunda negociación o renegociación estará influenciada por las condiciones fijadas en el primer acuerdo. En una primera aproximación los economistas le atribuyen dos posibles consecuencias a ésta renegociación. Por un lado, mejorará la eficiencia del contrato ya que supone una respuesta a la existencia de ineficiencias²⁴⁵. Por otro, la mera posibilidad de una renegociación del contrato puede dar lugar a comportamiento oportunista de las partes que resulte en un compromiso menor de ambas en la ejecución del contrato original, esto es, un problema de riesgo moral.

Según el reciente premio Nobel Jean TIROLE, un contrato será completo cuando no haya limitación de las partes para prever contingencias, redactar las cláusulas contractuales y hacerlas ejecutar si fuese necesario²⁴⁶. Por ello, todo contrato que no sea capaz de prever las contingencias futuras será un contrato incompleto. Ello convierte a muchos contratos en mecanismos incompletos ya que difícilmente podrán las partes prever qué ocurrirá en el periodo de vigencia. Siguiendo a TIROLE, se puede deducir a *sensu contrario* las tres son las circunstancias que hacen de un contrato un mecanismo incompleto²⁴⁷:

Primero, la existencia de circunstancias que no pueden ser previstas ni por el individuo más diligente. Se trata pues de una causa exógena a la voluntad de las partes.

Segundo, que pudiendo preverse dichas circunstancias, no resulta posible plasmar todas en el contrato dado que tanto el esfuerzo como el coste de incluirlas sería desproporcionado²⁴⁸.

contractual arrangements. An economic analysis”, cit.

²⁴⁴ O. HART; J. MOORE, “Contracts as Reference Points”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 123, 1, 2008.

²⁴⁵ J. R. GREEN; J.-J. LAFFONT, “Renegotiation and the Form of Efficient Contracts”, *Annals of Economics and Statistics / Annales d'Économie et de Statistique*, 25/26, 1992., p. 125 ; Un ejemplo en K. J. CROCKER; K. J. REYNOLDS, “The Efficiency of Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Air Force Engine Procurement”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 24, 1, 1993.

²⁴⁶ J. TIROLE, “Incomplete contracts: Where do we stand?”, *Econometrica*, vol. 67, 4, 1999., p. 751.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Sobre los costes de alcanzar acuerdos y redactar cláusulas de manera clara e inequívoca ver el trabajo de

La literatura económica habla de costes derivados del estudio de las implicaciones del contrato y de costes derivados de redactar las cláusulas del contrato. A la hora de diseñar el contrato las partes pueden mitigar el potencial oportunismo y bajo rendimiento a través de cláusulas más completas, pero siempre teniendo en cuenta que ello incrementará los costes de alcanzar ese acuerdo²⁴⁹. Por ejemplo, cuando es difícil alcanzar un acuerdo acerca de la distribución de riesgos o cuando el coste que supone la redacción detallada de un contrato supera con creces el valor del contrato mismo; ello puede ocurrir en casos de contratos de productos de alta tecnología o bajo un continuo cambio.

Otra variante de esta causa endógena del contrato incompleto es que las partes decidan no compartir determinada información que haría completo al contrato. No debe olvidarse el extraordinario papel que juega para la elaboración del proyecto la adquisición de información a la hora de definir las características y condiciones del contrato. GANUZA plantea un modelo en que la Administración elegirá el nivel de calidad del proyecto, lo cual supone costes y tiene repercusiones en la ejecución del proyecto²⁵⁰.

La tercera circunstancia que hace incompleto a un contrato es que, aunque sea posible redactar las cláusulas y prever los acontecimientos, se requiera de la intervención de un tercero para hacer ejecutar el contrato. Ese tercero en nuestro caso serían los Tribunales. El problema surge cuando éstos encuentran dificultades para interpretarlas y aplicarlas correctamente²⁵¹.

Por todas estas razones el contrato no puede considerarse como un instrumento completo. Pero ser incompleto no supone ser peor en términos económicos, sino sólo que deban afrontarse las contingencias en futuras negociaciones. Es decir, que deba “completarse” durante su ejecución. De esta manera, para alcanzar su perfección en sentido económico debe acudir a la renegociación de sus términos²⁵². Como señalan GREEN y LAFFONT, “cuando un contrato totalmente óptimo no puede alcanzarse desde el comienzo, lo natural es presumir que las ineficiencias *ex post* serán eliminadas mediante una renegociación

O. HART; J. MOORE, “Incomplete Contracts and Renegotiation”, cit..

²⁴⁹ K. J. CROCKER; K. J. REYNOLDS, “The Efficiency of Incomplete Contracts”, cit., p. 127.

²⁵⁰ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Contratos, subastas y sobrecostes en las obras públicas: un análisis teórico”, *Cuadernos Económicos del I.C.E.*, vol. 57, 1994., p. 79.

²⁵¹ J. R. GREEN; J.-J. LAFFONT, “Renegotiation and the Form of Efficient Contracts”, cit.

²⁵² J. TIROLE, “Procurement and Renegotiation”, *Journal of Political Economy*, vol. 94, 2, 1986.p. 239.

mutuamente ventajosa”²⁵³. Es decir, que un contrato incompleto puede ser incluso beneficioso por la flexibilidad que ello aporta a la relación contractual²⁵⁴.

Una vez asumido que el contrato perfecto o completo difícilmente puede existir, la literatura académica en este campo se centra en la búsqueda del contrato óptimo, esto es, el que minimice el impacto negativo de la renegociación. Para ello se trazan modelos matemáticos que den validez a determinadas hipótesis²⁵⁵.

El elemento principal en la búsqueda del contrato óptimo es el “diseño del contrato” en un entorno de incertidumbre y riesgo moral²⁵⁶. El primer aspecto que conduce a un óptimo diseño del contrato es la investigación precontractual, esto es, el desembolso que realizan las partes para adquirir información sobre las condiciones del contrato²⁵⁷, ámbito donde se refleja la existencia de asimetrías de información. Un ejemplo clásico es el contratista que invierte una cuantía en obtener la información necesaria que le ayude a fijar las condiciones en las que sí aceptaría un proyecto.

Otro ejemplo del uso del diseño del contrato para evitar resultados indeseados en la renegociación es la inclusión de cláusulas con conceptos vagos o indeterminados que sirvan de límites dentro de los cuales se desarrolle aquélla. Es decir, no se alcanzan acuerdos (o no conviene alcanzarlos) y se prefiere aplazar la negociación según se desarrolle el contrato, pero se limita el radio de ésta a las interpretaciones posibles de dichos conceptos.

El diseño del contrato es responsable de la distribución del “poder de negociación”. Por ejemplo, establecer depósitos monetarios como garantía o pequeñas cuantías como multa por incumplimiento puede otorgar mayor poder de negociación al poder adjudicador o evitar comportamientos oportunistas (en el ámbito de la Economía son llamados “*hostages*” o rehenes). El poder de negociación va unido inexorablemente a la “distribución de los

²⁵³ J. R. GREEN; J.-J. LAFFONT, “Renegotiation and the Form of Efficient Contracts”, cit., p. 125 [traducción propia].

²⁵⁴ B. D. BERNHEIM; M. D. WHINSTON, “Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity”, *The American Economic Review*, vol. 88, 4, 1998.

²⁵⁵ Saber que se trata de modelos teóricos es importante para relativizar los hallazgos de estos estudios. Sirven sobre todo para conocer las interrelaciones entre los elementos que afectan a la renegociación.

²⁵⁶ D. M. DEMOUGIN, “A Renegotiation-Proof Mechanism for a Principal-Agent Model with Moral Hazard and Adverse Selection”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 20, 2, 1989.

²⁵⁷ J. CRÉMER; F. KHALIL, “Gathering Information before Signing a Contract”, *The American Economic Review*, vol. 82, 3, 1992.

riesgos”, otro concepto analizado posteriormente en este trabajo. Por ejemplo, la fijación del sistema de precios es un reflejo de la asunción de riesgos²⁵⁸ en tanto que elegir un sistema de precio fijo o de tanto alzado reduce los costes derivados de la renegociación, pero también las ventajas que ésta puede ofrecer, mientras que un sistema de precios que reintegra todo coste incurrido más un pequeño margen supone un desincentivo para el ahorro de costes (sistema *cost plus*)²⁵⁹. Otros sistema es el modelo de “contrato con incentivos”, que consiste en fijar un precio máximo y si se supera los sobrecostes se pagarán entre las dos partes, pero si no se superan el margen restante será destinado a bonificar al contratista²⁶⁰.

El poder de negociación no sólo viene dado del diseño del contrato sino también del entorno, por ejemplo la mayor o menor competencia existente. Por ello el gran peligro para los poderes adjudicadores a la hora de renegociar un contrato es que se trata de una negociación bilateral que puede dar lugar a comportamientos oportunistas²⁶¹ en la medida en que se desenvuelve en un entorno no competitivo. Así una de las partes podrá imponer sus preferencias a la otra. También el hecho de que existan presiones políticas para no terminar el contrato o que se quiera evitar el coste de resolver el contrato sitúan a la entidad adjudicadora en una posición delicada. Todo ello provoca que el contratista puede apropiarse de rentas inicialmente no previstas²⁶². Por ejemplo, en proyectos de gran interés público, o interés político, o en aquéllos en que ya se ha hecho un gran desembolso suele producirse un efecto “*lock-in*”, esto es, que una de las partes se vea atrapada y dependiente de la otra, sin apenas poder negociador²⁶³. Pensemos en proyectos que aun generando grandes sobrecostes siguen ejecutándose, v.g Concorde, entre otros²⁶⁴.

²⁵⁸ P. BAJARI; S. TADELIS, “Incentives versus Transaction Costs”, cit. También puede ocurrir que se produzca un efecto “hold-up”, algo que ocurre cuando una de las partes no tiene otra posibilidad que aceptar las condiciones y continuar.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 389.

²⁶⁰ BARON recoge que la adopción de este sistema supuso en el Departamento de Defensa un ahorro del 10% de los costes en contratación D. P. BARON, “Incentive Contracts and Competitive Bidding”, *The American Economic Review*, vol. 62, 3, 1972. p. 384-385; R. P. MCAFEE; J. MCMILLAN, “Bidding for Contracts”, cit., p. 326; S. A. DUNNE; M. A. LOEWENSTEIN, “Costly Verification of Cost Performance and the Competition for Incentive Contracts”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 26, 4, 1995..p. 692.

²⁶¹ J. FARRELL; C. SHAPIRO, “Optimal Contracts with Lock-In”, *The American Economic Review*, vol. 79, 1, 1989.

²⁶² J. DE BRUX, “The Dark and Bright Sides of Renegotiations: An Application to Transport Concession Contracts”, cit.

²⁶³ *Ibid.* P. BAJARI; S. TADELIS, “Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 32, 3, 2001.

²⁶⁴ C. LONSDALE, “Post-Contractual Lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI): the Cases of National Savings and Investments and the Lord Chancellor’s Department”, *Public Administration*, vol. 83, 1, 2005.

Como parte del diseño del contrato AGUIÓN *et al* consideran importante que en el contrato inicial se concreten y den a conocer a las partes qué opciones disponen en caso de renegociación de un contrato. Por ejemplo, ¿qué ocurre si no se alcanza un acuerdo? Los autores proponen fijar mecanismos para solucionar esta situación²⁶⁵. Por ejemplo, el fijar índices externos de precios resulta una manera de evitar llegar al punto de no acuerdo. Ello puede ayudar a reducir los comportamientos oportunistas.

Por último, una parte importante del diseño del contrato es el establecimiento de mecanismos de monitorización y control. Éstos pueden tener un coste considerable y habrá que estudiar en qué medida son capaces de reducir –o incluso evitar– el coste de una renegociación²⁶⁶.

Por último, la teoría institucional estudia el papel de las instituciones existentes en un sistema. Además del diseño del contrato otro de los elementos que tiene impacto en la existencia y resultado de la renegociación es el papel de determinadas instituciones sociales, políticas y jurídicas. Los economistas analizan el rol de éstas como incentivos²⁶⁷. Así, es importante tener en cuenta el efecto sobre la renegociación de los derechos de propiedad sobre el bien²⁶⁸, de la forma en que interpretan los contratos los Tribunales²⁶⁹, de la importancia de la reputación para las partes, de las convenciones sociales sobre qué constituye un comportamiento aceptable, etc. SPILLER, por ejemplo, considera que el oportunismo del Gobierno al contratar está limitado por factores institucionales²⁷⁰, de tal manera que un poder Judicial fuerte puede lograr comportamientos menos oportunistas. Lo mismo ocurre con el poder Legislativo y su control sobre el Ejecutivo.

²⁶⁵P. AGHION; M. DEWATRIPONT; P. REY, “Renegotiation Design with Unverifiable Information”, *Econometrica* (1986-1998), vol. 62, 2, 1994..p. 257.

²⁶⁶ T. BROWN; M. POTOSKI, “Managing Contract Performance: A transaction Cost Approach”, *Journal of Policy Analysis and Management* (1986-1998), vol. 22, 2, 2003.

²⁶⁷ D. NORTH, “Institutions and Credible Commitment”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, 1993. p. 17 y 20; y D. NORTH, “Economic Performance through Time”, *American Economic Review*, vol. 84, 1994., p. 359.

²⁶⁸ Por todos ver O. HART; J. MOORE, “Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts”, *The American Economic Review*, vol. 97, 2, 2007.

²⁶⁹ P. BOND, *A Theory of Contractual Incompleteness based on Judicial Agency*, 2001. El autor estudia el impacto de la existencia de un tercero en el control del proceso. Por ejemplo, como un Tribunal puede hacer ejecutar las sanciones fijadas por el contrato. Cuanta menor es la calidad de las resoluciones del tercero encargado de hacer ejecutar el contrato, mayor es la probabilidad de renegociación.

²⁷⁰ P. T. SPILLER, *An Institutional Theory of Public Contracts*, cit.p. 8

ii. La modificación de los contratos y la gestión de proyectos

En el ámbito de la gestión de proyectos (“Project Management” o “contractual governance”) se estudia la manera en que puede ejecutarse un contrato de manera ordenada, reduciendo los conflictos y aumentando las ganancias mutuas²⁷¹. Los modificados se estudian en la medida en que la relación entre las partes puede dar lugar a un mayor o menor número de modificados en función de si es una relación de colaboración o no. Y es que la literatura estudiada considera que el tipo de relación entre las partes tiene influencia en su comportamiento durante la ejecución del contrato, es decir, en qué grado las partes comparten valores y objetivos. MACBETH en 1994 clasifica el tipo de relaciones que se dan entre las partes de un contrato en dos: transaccionales y de colaboración²⁷².

Mientras que en la contratación civil suele ocurrir que existe una relación de colaboración, en la contratación pública las relaciones transaccionales son las más típicas²⁷³. Son conocidas también como una relación de tipo “*arm’s length*”. Por ejemplo, VENTOVUORI Y LETHONEN tratan la relación sobre la gestión de instalaciones y como ésta se ha caracterizado por la ausencia de colaboración²⁷⁴. Este tipo de relación se produce en casos de continua licitación y competencia entre agentes, siendo la subasta el contexto típico²⁷⁵. Existe además una reticencia a compartir información entre las partes, y se producen numerosas disputas durante la ejecución del contrato. Como señalan LAMMING y COX, el resultado suele ser que una de las partes obtiene un beneficio a costa de la otra (*win-lose outcome*)²⁷⁶.

Sin embargo, la contratación pública camina hacia una disminución en el número de compradores y vendedores, los cuales tenderán a establecer relaciones más cercanas y de

²⁷¹ O. E. WILLIAMSON, “The Lens of Contract: Private Ordering”, *American Economic Review*, vol. 92, 2002., p. 439.

²⁷² D. . MACBETH, “The role of purchasing in a partnering relationship”, *European Journal of Purchasing & Supply Management*, vol. 1, 1, 1994. ; D. PARKER; K. HARTLEY, “The economics of partnership sourcing versus adversarial competition: a critique”, *European Journal of Purchasing & Supply Management*, vol. 3, 2, 1997. La clasificación clásica se encuentra en I. . MACNEIL, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, vol. 72, 6, 1978.

²⁷³ P. T. SPILLER, *An Institutional Theory of Public Contracts*, cit.

²⁷⁴ T. VENTOVUORI; T. LEHTONEN, “Alternative models for the management of FM services: An empirical investigation”, *Journal of Corporate Real Estate*, vol. 8, 2, 2006.

²⁷⁵ R. LAMMING; A. COX, *Strategic Procurement Management in the 1990s: Concepts and Cases*, The Chartered Institute of Purchasing, 1995.

²⁷⁶ *Ibid.*

colaboración²⁷⁷. Las relaciones de colaboración han ido afianzándose y hoy es moda el modelo de partenariado o asociación²⁷⁸. Estos tipos de contratos de colaboración se basan en una relación más informal y que se apoya en elementos no contractuales como la lealtad, la cooperación y la confianza²⁷⁹. Las partes *a priori* obtendrán un resultado satisfactorio en el que ambas saldrán ganando (*win-win outcome*)²⁸⁰.

Los juristas españoles han observado esta tendencia en la contratación pública, donde las partes se convierten en colaboradores y disminuye el impacto de los intereses contrapuestos²⁸¹. Se habla incluso de un “principio de colaboración”²⁸². En palabras de ARIÑO, dicho principio se pone de manifiesto en la medida en que²⁸³ i) se deja un lado la desconfianza en la adjudicación, confiando la selección a otras virtudes más allá de la económica; ii) surgen técnicas de apoyo en favor del contratista que actúa de buena fe, tales como la revisión de precios; iii) la rescisión del contrato deja de ser un medio adecuado para satisfacer a ambas partes. Como consecuencia, “Administración y concesionario resultan ser, en virtud de este régimen [que acepta el riesgo imprevisible], colaboradores estrechos en una común tarea de satisfacer las necesidades públicas y partícipes, en común, de sus resultados cuando éstos rebasen el alea ordinario previsto en el contrato”²⁸⁴. DE BRUX identifica dos elementos que favorecen la cooperación: i) perspectiva de futuras relaciones; ii) la forma contractual que se adopte²⁸⁵.

En materia de modificación de contratos la existencia de cooperación puede condicionar el comportamiento durante la renegociación. Las partes están más dispuestas a llegar a

²⁷⁷ J. DE BRUX, “Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis”, cit.

²⁷⁸ D. PARKER; K. HARTLEY, “The economics of partnership sourcing versus adversarial competition”, cit.(p. 115).

²⁷⁹ S. MACAULAY, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, vol. 28, 1, 1963.

²⁸⁰ R. LAMMING; A. COX, *Strategic Procurement Management in the 1990s: Concepts and Cases*, cit.

²⁸¹ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 230.

²⁸² F. GARRIDO FALLA, “En torno a una posible reforma de la legislación sobre la contratación de obras públicas”, *Revista de Documentación Administrativa*, vol. 55, p. 14 y 15.

²⁸³ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 231.

²⁸⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 2011., p. 759.

²⁸⁵ J. De Brux, “Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis”, cit., p. 65; Otro ejemplo sobre relaciones de colaboración es el de E. PADOVANI; D. W. YOUNG, “Toward a Framework for Managing High-Risk Government Outsourcing: Field Research in Three Italian Municipalities”, *Journal of Public Procurement*, vol. 8, 2, 2008, acerca de las distintas relaciones que mantienen tres municipios italianos con sus proveedores.

acuerdos satisfactorios para ambas partes ya que en caso contrario el esfuerzo por lograr una relación de cooperación se desmoronaría.

Ahora bien, la cooperación tiene también muchas debilidades. Primero, este tipo de relación exige más recursos²⁸⁶, no sólo en el ámbito de la información sino también en la formación de los agentes que intervienen en el proceso. Segundo, debe quedar claro que una relación de colaboración no implica renunciar a perseguir el interés propio. Esa idea de colaboración interesada es la que se pretende imprimir en los contratos de colaboración público-privada, si bien en ocasiones los comportamientos oportunistas de las partes no permiten utilizar el apelativo de “colaboración” a la relación –como dice ESTACHE en ocasiones se debería hablar de “divorcio” en vez de “colaboración”²⁸⁷.

En definitiva, ninguna forma de relacionarse entre las partes contratantes es absolutamente mejor que otra. Ambas tienen ventajas e inconvenientes. Respecto a la modificación del contrato, para las partes será mejor una relación de colaboración que permita superar los inconvenientes. Sin embargo, para el interés general quizá sea más interesante las relaciones adversariales donde cada parte se esfuerce al máximo por imponer sus intereses.

E. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DEL ESTUDIO Y REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN

A lo largo de estas páginas hemos procurado contestar a la pregunta que nos hicimos al comienzo: ¿por qué es necesario regular la modificación de los contratos? Y, la cuestión más importante para nosotros: ¿tiene sentido realizar un trabajo de investigación en torno a dicho objeto?

Tras haber expuesto el impacto de la modificación sobre el ámbito social, económico o jurídico, ha quedado claro que se trata de un problema inevitable, ya que la modificación es una herramienta de la cual la Administración no debe prescindir, y, en ocasiones, no puede hacerlo si pretende la más eficaz consecución de los intereses generales. Esa imposibilidad de suprimirla es lo que justifica que sigamos explorando el fenómeno.

Desde luego la modificación debe ser regulada habida cuenta del efecto que puede tener en

²⁸⁶ D. . LAMBERT; A. . KNEMEYER, “We’re in this together”, *Harvard Business Review*, vol. 82, 12, 2004.

²⁸⁷ A. ESTACHE, “PPI Partnerships vs. PPI Divorces in LDCs”, cit.

la propia relación contractual. Cuanto más se aleje del sistema de Derecho común, más privilegios tendrá la Administración. De ahí que haya sido constante la preocupación por compensar estos privilegios con garantías (v.g permitir al contratista rescindir el contrato). Ocurre, sin embargo, que en no pocas ocasiones la modificación se presenta como una patología, como un intento de arreglar algo que inicialmente no se hizo bien²⁸⁸. Por esta razón no suele oponerse el contratista, parte interesada en que la modificación se apruebe. Y por ello muchas veces se afirma que la modificación se produce en connivencia con el contratista, quedando expuestos otros intereses que también merecen protección. Puede ser una poderosa y útil herramienta para la Administración, pero a la vez entraña grandes riesgos que puedan desembocar en conductas abusivas. De estos abusos se derivan consecuencias para los fondos públicos, la relación contractual, la entidad adjudicadora, el contratista y los terceros, especialmente los licitadores pospuestos. Obviamente, todo ello se reconduce al impacto que la modificación tiene sobre los intereses generales. Si hasta ahora ha sido la satisfacción de éstos lo que justificaba la existencia de esta institución, ahora son precisamente los mismos los que la cuestionan. Entran en liza otros principios que caben igual bajo el paraguas de “intereses generales” y que, hasta ahora, se dejaban en un segundo plano en favor de la modificación.

Una correcta regulación de la modificación debe ir encaminada a cumplir ciertos objetivos, algunos de ellos ya alcanzados en algunos países de nuestro entorno.

El primer objetivo que debe satisfacerse es el que llamaremos *razón contractual o inter partes*. Es decir, la regulación de la modificación del contrato público como mecanismo de protección para ambas partes contratantes. Este objetivo es el que está ya cubierto en la mayoría de los sistemas en tanto que las normas de Derecho civil así lo prevén. En aquellos lugares en los que existen normas de Derecho público que permiten modificaciones unilaterales se prevé a la vez ciertas garantías para el contratista. Por ejemplo, cuando se permite que superado cierto umbral respecto al contrato inicial, el contratista puede solicitar la resolución del contrato.

Segundo, la protección del uso correcto de los fondos públicos. Es lo que se denominará *razón económica o presupuestaria*. El contrato público es sólo un instrumento para satisfacer

²⁸⁸J. L. VICENTE IGLESIAS, *Aspectos prácticos sobre la contratación de las Corporaciones Locales*, 2ª, Tecnos, Madrid, 2005., p. 82.

un programa político. Programa que ha sido votado y que debe luego verse reflejado en un presupuesto. Ese presupuesto realiza un coste estimado de lo que supondrá realizar determinadas políticas, e incluso se introducen partidas para posibles contingencias. Al final, en la práctica, el presupuesto es un ejercicio de decisión en el que se eligen proyectos y se descartan otros en función de su coste-beneficio (beneficio social, económico o político, claro). Sin embargo, cuando se produce la modificación del contrato lo que está ocurriendo es que esa toma de decisión puede quedar en papel mojado. Posiblemente de conocerse los costes finales de un determinado proyecto, la balanza se hubiese inclinado hacia otras opciones. Por tanto, indirectamente la modificación de los contratos impacta contra los presupuestos confeccionados por el Gobierno y votado por el Legislador. Como dice MORENO MOLINA, la contratación “se muestra hoy como un sector paradigmático en el que se manifiesta la tensión permanente que existe entre la necesidad de controlar la actuación administrativa (...) y, por otro lado, la exigencia constitucional de actuación eficaz de las Administraciones públicas”²⁸⁹.

No regular la cuestión podría tener consecuencias negativas al crear cierta inseguridad jurídica que mantenga alejada a la inversión o que la encarezca.

En tercer lugar, se debe proteger el correcto funcionamiento del sistema de contratación. Es decir, que la modificación no distorsione la licitación que tanto esfuerzo supuso tanto para los licitadores como para la propia entidad adjudicadora. Este objetivo de la regulación está encaminado a proteger pues el sistema de contratación, motivo por el que lo denominamos *razón de sistema*, en la medida en que degrada el mecanismo de la contratación al quebrar los medios de que éste se vale, es decir, el principio de competencia, la igualdad de trato y la transparencia. Esta es la razón que encuentran pronunciamientos como los del Consejo de Estado cuando afirma que “el sometimiento a cauces estrictos del *ius variandi* de la Administración tiene su razón de ser en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa”²⁹⁰. Es en este sentido en el que la modificación comienza a ser regulada en los distintos países. Por ejemplo, en Estados Unidos, en que se aplica la doctrina del *cardinal change* para ver cómo impacta una modificación en la licitación inicial. O en el caso de la Unión Europea, en que las

²⁸⁹ J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 69.

²⁹⁰ Dictamen 79/1993 insiste en la modificación como excepción.

modificaciones de los contratos “son relevantes exclusivamente en la medida en que pueden suponer una vulneración de las normas de selección del contratista y, por tanto, de la competencia en el seno del Mercado Interior”²⁹¹.

Se deben evitar aquellas situaciones en las que la modificación se contempla como un recurso habitual en el sistema, tal como ocurre en España. Esta conducta genera problemas de riesgo moral que hace que se presenten ofertas temerarias a sabiendas de que serán revisadas²⁹². Y es que la modificación puede reducir los incentivos para alcanzar una contratación más eficiente.

En cuarto lugar, la modificación de los contratos debe regularse por el impacto social que tiene. No es raro, y más en tiempos de crisis económica, que los casos de sobrecostes y desviaciones presupuestarias tengan un impacto directo en la imagen de la Administración. Es lo que llamaremos *razón socio-política*, en la medida en que tras ese daño en la imagen se esconde un impacto importante en la legitimidad de los gestores públicos sobre los que se cierne la sombra de la duda no sólo como gestores ineficaces sino también como gestores corruptos. Todo ello puede tener efecto dominó sobre la legitimidad del propio sistema político.

La ausencia de regulación empuja a que la cuestión se aborde desde un punto de vista iusprivatista. Así ha ocurrido tradicionalmente – y sigue ocurriendo en algunos casos. Sin embargo, no hay que perder de vista que estamos ante una cuestión de interés para el Derecho público en la medida en que no deja de ser una cuestión sobre la formación de la voluntad de los entes públicos y la manera en que éstos interpretan qué es el interés público.

No podemos terminar el capítulo sin insistir de nuevo en una apreciación objetiva que se nos ha hecho presente desde el inicio de este trabajo: el impacto y la importancia de las modificaciones dependerá de cada caso, es decir, que será la casuística la que nos proporcionará los elementos de valoración necesarios para evaluar su trascendencia. Por ejemplo, no podemos decir que una variación derivada de un fenómeno externo haya

²⁹¹ S. Díez Sastre, “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. agosto, 2013., p. 96

²⁹² Además de los economistas, también Informe de 2004 de la Comisión de expertos para el estudio de la contratación pública.

afectado a la competición en tanto que hubiese afectado por igual sea quién fuese el ganador, pero sí puede tener impacto considerable en los fondos públicos. O por ejemplo, una modificación del 20% sobre un contrato de 10.000 euros no podremos decir que afecta sustancialmente a los fondos públicos, pero sí podría hacerlo sobre el principio de competición e igualdad de trato si resulta que el adjudicatario ha vencido por un escaso margen.

 PARTE I: MARCO JURÍDICO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO 1: MARCO CONCEPTUAL DE LA MODIFICACIÓN OBJETIVA

1.1. El concepto de “modificación objetiva del contrato”

Como se pone de manifiesto al comienzo de este trabajo, tratar la modificación del contrato es tratar un objeto muy amplio. Por supuesto, en cada ordenamiento la modificación del contrato vendrá definida en las normas, que son las que se encargan de deslindarla de otras figuras. Sin embargo, en aras de una explicación más clara debemos tratar de dar nuestra propia definición, que será el marco conceptual sobre el que trabajemos.

HORGUÉ BAENA define la modificación como la “alteración formal de las condiciones mismas en que se perfeccionara el contrato”²⁹³. Por su parte, HOEPFFNER, que considera que la modificación “es el acto por el cual las partes o la Administración deciden alterar parcialmente los derechos y las obligaciones del contrato que se encuentra en curso de ejecución, pero sin hacerlo desaparecer”²⁹⁴.

Más amplia es la definición de SMITH, que en su Tesis centrada en la modificación define el objeto de su investigación (*adjustments*) como todo “fenómeno que provoca que la ejecución material de una cláusula del contrato sea diferente a la ejecución material de una cláusula existente antes de la ocurrencia de dicho fenómeno. Este fenómeno puede resultar de las propias cláusulas del contrato, de un suceso externo, o de la aceptación por una de las partes contratantes de una obligación que difiere de la prevista en el contrato”²⁹⁵.

Por su parte, VÁZQUEZ MATILLA señala que existe un doble sentido a la hora de definir la modificación del contrato, un sentido amplio (cualquier variación que produzca una nueva configuración de la relación), y en sentido estricto (sólo las alteraciones sobre elementos estructurales)²⁹⁶.

En este estudio se recurre también a una definición de carácter amplio en la que las partes

²⁹³ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 32.

²⁹⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 6.

²⁹⁵ K. SMITH, “Contract adjustments and public procurement: An analysis of the law and its application”, University of Nottingham, 2014. De entre todos los términos: “amendment”, “material amendment”, “variations”, “changes”, “adjustments”, la autora elige este último por considerarlo más neutro y amplio a la hora de englobar otros fenómenos.

²⁹⁶ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 32.

no tienen por qué jugar un papel activo, sino que puede ocurrir que se trate de un rol reactivo ante una circunstancia externa.

El presente trabajo considera la modificación del contrato como aquella figura jurídica que engloba *toda alteración de las condiciones contractuales inicialmente acordadas en un contrato del sector público durante su ejecución y que no produce la desaparición de su núcleo esencial*. Con esta definición amplia se pretende reflexionar y aportar soluciones al mayor número de problemas posibles. En las próximas páginas se estudian los elementos de la definición dada y también se realiza la delimitación negativa del concepto. Así, se apartan aquellas figuras afines que teniendo estrecha relación con la modificación de los contratos deben ser diferenciadas por su naturaleza jurídica, su origen o sus consecuencias.

La expresión “toda alteración” es muy amplia. En la definición se huye de diferenciaciones terminológicas que no hacen sino empantanar la explicación. Por ejemplo, si acudimos a la RAE tenemos una definición diferente para modificar (transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes), alterar (cambiar la esencia o forma de algo), y variar (hacer que una cosa sea diferente en algo de lo que antes era), sin que se puedan extraer consecuencias jurídicas claras de esta diferenciación.

Las diferentes alteraciones serán estudiadas mediante la elaboración de una clasificación de la modificación del contrato. Así, por ejemplo, incluimos tanto las que surgen en el ámbito del contrato como aquéllas que nacen fuera él, v.g fuerza mayor²⁹⁷. En particular cobra importancia la diferencia entre modificación unilateral y convencional, por lo que dedicaremos una sección entera a su estudio.

Las “condiciones contractuales inicialmente acordadas”, hacen referencia a que la modificación debe afectar a éstas. Se trata, por tanto, de la modificación de un negocio jurídico inicial, el contrato inicial. Sin duda resulta una obviedad, pero así debe remarcarse en vista de la confusión existente entre modificación y cláusulas previstas en el contrato, v.g. revisión de precios.

Al estudiar toda alteración de las condiciones inicialmente pactadas se incluyen no sólo los

²⁹⁷ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit. en su tesis decide dejar las modificaciones externas al margen del trabajo.

cambios en el contrato formalmente considerado, sino también los cambios que se produzca en su ejecución, pero que no cristalicen en un nuevo documento. De otro modo, esto es, ciñendo el estudio a la modificación formal del contrato se dejaría fuera una práctica muy habitual como es la de ejecutar la modificación sin firma de adenda alguna al respecto.

Al señalar en la definición que nos referimos a la modificación de un “contrato” estamos haciendo una doble delimitación. Por un lado, dejamos fuera todo aquello que no tenga esta naturaleza (convenios, actos administrativos, etc). Pero a la vez estamos delimitando el área de trabajo ya que no estudiamos las modificaciones que se realizan antes de la formalización del contrato, ni cuando éste ha desaparecido, sea por su cumplimiento, su resolución o su anulación. Ello conecta con la especificación que incorpora la definición cuando dice “durante su ejecución”.

La referencia al “sector público”, es necesaria en cuanto que la regulación de la modificación que se aborda en este trabajo no se limita a los contratos administrativos, sino a cualquier contrato firmado por las entidades cubiertas bajo esa definición. Se trata, no hay duda, de un elemento puramente normativo en la medida en que será la legislación la encargada de definir qué debe considerarse como sector público.

“Que no produce la desaparición de su núcleo esencial” se refiere a que cualquier modificación que produce la alteración esencial del núcleo del contrato o su desaparición y sustitución por otra supone en realidad un nuevo contrato. Por tanto habrá que distinguir entre modificaciones y nuevos contratos, lo cual, como veremos, no siempre es fácil.

Profundizamos ahora en esta definición por medio de la delimitación de supuestos similares.

1.2. Delimitación de la modificación y sus figuras afines

1.2.1. Modificación de los contratos frente a la ejecución de cláusulas previstas en el contrato. En especial, el concepto de revisión de precios

Si aceptamos que la modificación del contrato es aquel fenómeno mediante el cual se alteran las condiciones inicialmente pactadas, será pacífico asumir que no pueden existir “modificaciones previstas”. Aquellos extremos pactados inicialmente no podrán ser considerados modificaciones del contrato, ni siquiera las cláusulas que quedaron sujetas a condición determinada como supuesto habilitante de su ejecución. Así pues, en ningún caso, ni en el sentido amplio ni en el estricto puede encajar la figura de las mal llamadas

“modificaciones” previstas en el concepto de modificación.

Esta idea no es ajena a nuestro Derecho civil y la regulación de la novación. La doctrina civilista se pronuncia en sentido similar. SANCHO REBULLIDA, por ejemplo, observa que el *animus novandi* es autónomo respecto del *consensus obligandi*, en tanto que si el cambio está pactado inicialmente, no habrá novación de las obligaciones²⁹⁸. Y en el mismo sentido el Tribunal supremo al entender que no constituye una novación una variación ya prevista como posible en el contrato de obra inicial²⁹⁹.

Existe una línea doctrinal que entiende que sí existe una auténtica novación cuando se convierte una obligación genérica en una específica³⁰⁰, en el caso de la concentración de las obligaciones alternativas³⁰¹, en la sustitución en las obligaciones facultativas³⁰², o incluso al ejecutarse la revisión de precios al amparo de una cláusula de revisión fijada en el contrato³⁰³.

Lo mismo puede decirse en la contratación pública. Como regla general, la aplicación de cláusulas que tienen ciertos elementos adaptables durante la ejecución no debe considerarse como si fuesen modificación del contrato inicial en el sentido en que hemos definido ésta. Cláusulas tales como la revisión de precios o las prórrogas previstas no son modificaciones contractuales, por mucho que la legislación las haya considerado como “modificaciones previstas”. En la actualidad se habla de modificaciones previstas y modificaciones imprevistas. Las previstas serán aquellas que las partes ya habían previsto a la hora de firmar el acuerdo inicial, mientras que las imprevistas serán las que se introduzcan durante la ejecución. Para diferenciar unas de otras suele hacerse referencia a la necesidad o no de otro acuerdo de voluntades y a la voluntad de renegociar el contrato o no. Si las partes ya habían

²⁹⁸F. DE A. SANCHO REBULLIDA, “Comentario a los artículos 1203 y 1204 CC”, en *Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales*, vol. vol. 1º (Art. 1156 a 1213 CC), Edersa, Madrid, 1991 (tomo XVI).p. 678.

²⁹⁹Visto en P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000., p. 184; También STS 10 de septiembre de 1997 (Ar. 6401).

³⁰⁰ HERNANDEZ GIL, La obligación y su estructura”, en *Derecho de Obligaciones, Obras Completas*, t. 3, 1988, p. 82-83

³⁰¹ Rebate esa idea J. M. DE LA CUESTA, “Las obligaciones alternativas”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 25, 1984. dice que no se produce novación.

³⁰² Rebate esa idea RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa”, en *RDP*, 1988, p. 117.

³⁰³ Aunque se trate de una jurisprudencia minoritaria STS de 13 de mayo de 1986 y su comentario por J. BONET CORREA, “La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendaticia urbana y las cláusulas de estabilización (En torno a la STS de 13 de mayo de 1986)”, *Revista General de Derecho*, vol. 513, 1987. Ver en contra la STS 21 de marzo de 1995 (Ar. 2052).

acordado cómo actuar y tan solo se requiere concretar actuaciones, entonces estaremos ante una modificación prevista.

La distinción entre modificación prevista e imprevista tiene consecuencias jurídicas si tenemos en cuenta que el elemento central los sistemas de contratación es la adjudicación de los contratos. Así, una modificación prevista en los pliegos tendrá menor impacto en la licitación en la medida que todos los candidatos han podido anticiparla y adecuar sus ofertas a ella. Como ya dijera en 1899 DELGADO MARTIN y ARRIAGA, “no debe confundirse la novación, que supone el mutuo consentimiento, con las modificaciones y alteraciones que en algunos casos, y con arreglo al pliego de condiciones, como sucede con el general de obras públicas, puede introducir la Administración (...). Nacen éstas del contrato mismo o de la ley; han sido conocidas de todos cuantos han tomado parte en la licitación, y se hallan, por consiguiente, en caso distinto de las novaciones propiamente dichas que requieren una convención nueva y distinta”³⁰⁴.

Sin embargo, el concepto de modificación prevista puede ser considerado un oximorón, y no es raro ver literatura que no considera como modificación todo aquél cambio o adaptación ya previsto en los pliegos o el contrato³⁰⁵. Nada hay que objetar ante ese argumento. Si una cláusula prevé que el contrato se adapte, entonces no se está modificando el contrato sino todo lo contrario, se está cumpliendo su clausulado. En este sentido es acertada la reflexión del Acuerdo del TAPCA 59/2013 cuando señala que la cesión de un contrato cuya posibilidad estaba prevista en los pliegos no es una modificación subjetiva, sino una “cuestión incidental” de la ejecución³⁰⁶.

Y lo mismo ocurre cuando el contratista trata de esgrimir incumplimiento contractual ante modificaciones cuya posibilidad ya venía fijada en los pliegos. Ya en la Sentencia de 25 de febrero de 1891 se considera que si la modificación estaba prevista en el pliego, aunque fuese a través de modificación unilateral, no se está ante la modificación del contrato³⁰⁷. Más

³⁰⁴ DELGADO MARTIN, E.y ARRIAGA, *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 206.

³⁰⁵ “Modificación del contrato prevista” es una *contradictio in terminis* tal y como señala R. DOMÍNGUEZ OLIVERA, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, cit., p. 39.

³⁰⁶ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, núm. 59/2013.

³⁰⁷ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit.

reciente, pero en el mismo sentido el Consejo Consultivo de Aragón en Dictamen 163/2012 de 16 de octubre de 2012 considera que no hay incumplimiento ante un cambio de horarios acordado por la Administración en la medida en que dicha posibilidad estaba recogida en los pliegos³⁰⁸.

Sobre la actual regulación de las modificaciones previstas nos pronunciaremos más adelante.

Un caso particular de cláusula que incorpora la posibilidad de modificar el contrato y que sí analizaremos ahora es el de la **revisión de precios**.

En España, las primeras normas de revisión de precios al margen de lo pactado se introducen como solución excepcional a consecuencia de la Primera Guerra Mundial y, posteriormente, de la Guerra Civil y la Segunda Guerra Mundial. El Decreto Alba de 1917³⁰⁹ fue el primero en tratar con el problema, si bien con un alcance muy limitado, tanto por los entes afectados (primero sólo el Ministerio de Fomento) como por los materiales sujetos a revisión, todos ellos para materiales específicos y sólo cuando sufrieran variaciones superiores al 5%. Poco a poco la regulación fue mejorándose y generalizándose más allá de las obras públicas³¹⁰. La postura del Tribunal Supremo ante estas medidas de carácter urgente fue muy estricta³¹¹.

Es en la década de los cuarenta cuando se produce la construcción doctrinal de las cláusulas de revisión de precio³¹². El problema surge de nuevo con la Guerra civil derivada del fracasado golpe de Estado de 1936. Por Decreto de 10 de febrero de 1940 se aprueban las prórrogas necesarias y las anualidades pendientes por la Guerra, tanto de las obras de la “Zona Nacional” (paralizadas “por causas ajenas a la voluntad de los contratistas”), como de la “zona roja” (las cuales “han sufrido las consecuencias de este régimen”). La revisión de los contratos se generaliza en la Ley 17 de julio de 1945 y se consolida como medida en el Decreto-Ley 4 febrero de 1964 (norma a la que remitía la Ley de Contratos del Estado).

³⁰⁸ Y en todo caso, aun considerándose una modificación, la concesionaria debería acreditar que ello supone alteración del equilibrio económico.

³⁰⁹ RD 31 marzo 1917 para Fomento que se extiende a Gobernación e Instrucción Pública (RD 18 de abril de 1917 y 4 de agosto de 1917. Primero se pretendió hacerlo a través de norma con rango de Ley (proyecto Gasset de 10 febrero 1917 sobre regulación de precios en las contrataciones de Obras Públicas). Pero la disolución de las Cortes provocó que adoptara su forma de Real Decreto.

³¹⁰ RD 23 julio 1918 sobre cálculo precios; el RD 28 agosto de 1918, RD 8 marzo de 1919 o RD 6 mayo 1919 –este último, por cierto, habla de novación del contrato.

³¹¹ Sentencia de 19 octubre de 1921 (contrato de suministro); Sentencia de 7 de marzo de 1922 (obras públicas).

³¹² Memoria del Consejo de Estado del año 1984, p. 88.

Ahora bien, se trata de un remedio que debía ser previsto por las partes contratantes para poderse aplicar, de ahí que se hable de una previsión convencional, no *ex lege*.

En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 se incorpora ya como previsión general, y además, tras la reforma de la Ley 53/1999 la revisión se regula de manera más estricta³¹³. El Consejo de Estado español considera que la cláusula de revisión de precios es un pacto que nace de la voluntad contractual (*ex contractu*) y que no tiene la condición de elemento imperativamente normado (*ex lege*), que “sólo rige cuando figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares, puesto que la Administración puede excluirla de manera razonada”³¹⁴. Como señala el Tribunal Supremo, su expresa exclusión en los pliegos y el contrato “puede que lesione el equilibrio financiero del contrato mas si la misma fue aceptada sin objeción a ella debe estarse pues se sustenta en la libertad de pactos”³¹⁵. El artículo 104 establecía que “la revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por cien de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación”. Por tanto, se establecen límites para evitar posibles abusos, principalmente que una revisión temprana de precios convirtiera el procedimiento licitatorio en una mera apariencia.

En el TRLCSP la revisión de precios quedo configurada en los artículos 89 a 94 TRLCSP como un remedio *ex lege*, salvo pacto en contrario en los pliegos. Sin embargo, a través de la Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, primero, y de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, después, se ha producido una modificación de los presupuestos de la revisión de precios. La nueva Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española vuelve a transformar la figura de la revisión de precios. Por un lado, aplica la regulación a todos los contratos del sector público, no sólo a los de las Administraciones públicas como hasta ahora. Por otro, y este punto es importante, la revisión de precios ya no es una figura implícita en todos los contratos salvo pacto en contrario. Ahora, el artículo 89.2 TRLCSP establece que “la revisión periódica y

³¹³ En este sentido I. GALLEGU CÓRCOLES, “Revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 72-73, febrero-marzo, 2008., p. 48.

³¹⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 2001, p. 166.

³¹⁵ STS, Sala Tercera, 30/06/2009 (EDJ 2009/150988; MP: Celsa Pico Lorenzo).

predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años”. Como señalan LOZANO CUTANDA y FERNÁNDEZ PUYOL, la revisión deja de ser un derecho *ex lege* del contratista: a falta de previsión expresa no tendrá ese derecho³¹⁶.

Asimismo, el artículo 89.5 TRLCSP establece que, en los casos en que proceda, la revisión tendrá lugar sólo “cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión”, ese porcentaje no es necesario en caso de gestión de servicios.

La función de la revisión es contrarrestar las oscilaciones de precios, pero en ningún caso puede servir para “obtener un sobreprecio en determinados contratos”³¹⁷. El Consejo de Estado ha considerado que el mecanismo no responde tanto a lograr la conmutatividad contractual, sino que pretende “erigirse en un tope o límite al aleas normal contractual asumido por la contrata conforme al principio de riesgo y ventura”³¹⁸. Algo así como afirmar que hasta alcanzar esas cifras el riesgo debe ser soportado por el contratista, y sólo será repartido una vez se haya alcanzado los límites. Es sin duda un mecanismo idóneo para compensar posible perjuicios, en la medida en que nace del acuerdo de las partes, las cuales modulan su alcance e, incluso, pueden acordar excluir su aplicación, si bien esta renuncia debe ser expresa³¹⁹.

Así pues, el mecanismo de revisión de precios será el primero en ser utilizado para tratar de asegurar el equilibrio económico al contrato, pero en caso de no ser suficiente, o de no estar prevista habrá que acudir a otros mecanismos, como la compensación al contratista, si bien

³¹⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit. ; B. LOZANO CUTANDA; I. FERNÁNDEZ PUYOL, “Efectos de la Ley de desindexación en la contratación pública: el fin de la revisión de precios como derecho del contratista”, *Diario La Ley*, vol. 8554, 2015.

³¹⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 2137/2002, de 17 de octubre de 2002.

³¹⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 202.

³¹⁹ La validez de una cláusula así está admitida en la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 30 de junio de 2009 (LA LEY 119163/2009) (LA LEY. 1295/2009) (Recurso de Casación núm. 4296/2007) y de la Sección Séptima de esta Sala de 21 de junio de 2011 (Recurso de Casación núm. 110/2009).

deberán cumplirse los requisitos del riesgo imprevisible³²⁰. Por ejemplo, en el caso de aumento desorbitado del precio de los materiales (pensemos por ejemplo en subidas del 45% en los litigantes asfálticos), las fórmulas de revisión de precios pierden su utilidad, por lo que se acuden a otros mecanismos³²¹. Otra línea jurisprudencial considera que si la revisión de precios estuviese explícitamente excluida en los pliegos no se puede acudir a otros mecanismos de reequilibrio con similares efectos sobre el contrato³²².

Para llevar a cabo la revisión de precios se acude a la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros o a los índices oficiales (artículo 90.1 TRLCSP), si bien una vez los pliegos han fijado la fórmula de revisión ésta es invariable. En todo caso habrá que estar a lo que la norma aplicable establezca³²³. El abono de lo debido por la revisión de precios debe realizarse en las certificaciones parciales, y sólo excepcionalmente en la certificación final³²⁴. De tal manera que el retraso en el pago de estas cantidades supone el devengo de intereses de demora cuyo régimen jurídico es el de la legislación de contratos.

Por último, la reclamación de la revisión de precios tiene carácter contractual, no extracontractual³²⁵.

En definitiva, se trata de un sistema que cumple la doble función de servir al equilibrio financiero del contrato y de mecanismo de reasignación de riesgos³²⁶, que suele operar como mecanismo contractual idóneo para atajar las contingencias a la que se enfrenta el contrato de una manera equilibrada: deja un margen que debe ser asumido por el contratista, superado el cual será la Administración la que asuma el riesgo.

1.2.2. Modificación del contrato frente a “nuevo contrato”. La figura de los trabajos complementarios

³²⁰ SSTs 16 septiembre 1988; 26 diciembre de 1990; STS 4 de mayo de 2005; JCCA CAM 5/2008.

³²¹ Así SSTs 27 abril 1990, 20 diciembre 1990, 3 mayo 1991. Se opone a ello la STS 12 diciembre 1990

³²² Sentencia Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013, Sala Tercera, Sección 7.ª, rec. 534/2011 (LA LEY 26910/2013).

³²³ Sobre la norma aplicable y las Disposiciones transitorias en materia de revisión de precios ver Dictamen del Consejo de Estado, 2137/2002, de 17 de octubre de 2002.

³²⁴ STSJ de Castilla y León de Valladolid de 08/10/2010; lo mismo la STSJ de Madrid de 24/04/2008.

³²⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 1078/2004, de 20 de mayo de 2004 citando otras resoluciones del Consejo de Estado en ese sentido.

³²⁶ Así se pronuncia I. GALLEGU CÓRDOLES, “Revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas”, cit.p. 47.

En términos generales, las modificaciones introducidas en un contrato pueden conducir a la creación de una nueva relación contractual (un nuevo contrato), a la subsistencia del vínculo inicial o a la resolución³²⁷. En este trabajo las modificaciones objetivas estudiadas se entiende que son las segundas, es decir, las que permiten que el vínculo inicial subsistan. Es más, según la definición dada, sólo se estudian las modificaciones que no produzcan la desaparición del núcleo esencial del contrato.

En ocasiones la modificación ejerce tal impacto en la relación inicial que deberá considerarse como un nuevo contrato. Debe uno ser consciente que la línea divisoria entre ambas categorías no es sencilla de trazar ya que tiene carácter jurídico y no fáctico, al ser la norma o la interpretación que se hace de ella la que establece las diferencias, utilizando para ello expresiones imprecisas. En efecto, la ley o la jurisprudencia crean la ficción de “contrato nuevo” ante modificaciones sustanciales con el fin de proteger el procedimiento de licitación del contrato o al contratista³²⁸. Suele ocurrir que si se supera la barrera de lo que se considera “nuevo contrato”, entonces es necesario un nuevo expediente de contratación ya que sólo así puede la Administración declarar válidamente su voluntad. De otra manera, podría producirse “una verdadera alteración de la voluntad administrativa” respecto a lo inicialmente previsto³²⁹.

En este sentido van dirigidos los esfuerzos de la UE, que pretenden proteger el procedimiento de adjudicación del contrato. Y es que la Comisión observa como a través de la figura del modificado se pretendían introducir novaciones que desfiguraban el contrato inicial. Por ello, los considera como auténticos nuevos contratos que deberán ser adjudicados siguiendo las normas de las Directivas para la adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad. Un reciente ejemplo que afecta a España es el asunto AVE (2014), en el que la Comisión no acepta que determinadas obras sean meros modificados, sino que argumenta que se está produciendo la adjudicación directa sin existir justificación para ello (justificación que vendría de la mano de los supuestos para utilizar el procedimiento negociado sin publicidad)³³⁰. Y es que en España ha sido común la utilización de la

³²⁷ Estas tres consecuencias se recogen en la Memoria del Consejo de Estado del año 1986, p. 104.

³²⁸ Ello ocurre también en Derecho civil. Pensemos en la expresión “claramente incompatible” que se utiliza para saber si la novación modifica o extingue la obligación inicial.

³²⁹ Así el Consejo de Estado en su Memoria del año 2001, p. 157.

³³⁰ Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47 y Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-235/11 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:49. Ambas Sentencias fueron casadas en favor de

modificación contractual como soporte jurídico para la adjudicación directa de auténticos nuevos contratos³³¹.

Como regla general los sistemas de contratación tratan de establecer reglas para diferenciar la modificación del contrato de un nuevo contrato. Algunos de los criterios son la magnitud de la modificación -superando determinados límites materiales se estaría ante un nuevo contrato³³²; que se altere la naturaleza inicial del contrato, por ejemplo a través de un cambio de su objeto³³³. En Francia, HOEPFFNER hace referencia a dos elementos que sirven para distinguir una modificación de un nuevo contrato. El primero, la desnaturalización del objeto inicial del contrato. La desnaturalización puede venir marcada por la existencia de un objeto nuevo, o por un cambio sustancial en la economía del contrato (el llamado “bouleversement”)³³⁴. El segundo, de orden cuantitativo, la amplitud de la modificación³³⁵.

Tanto en la legislación española como en la europea existe una figura perfecta para ilustrar los problemas que surgen al intentar diferenciar modificación del contrato y “nuevo contrato”. Se trata de los **contratos complementarios o accesorios**, un fenómeno especialmente aplicable al caso del contrato de obras, pero generalizable a todos los demás³³⁶.

España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2156.

³³¹ Así se pronunciaba, entre otros, G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 179.

³³² Dictamen del Consejo de Estado, núm. 50461, de 12 de noviembre de 1987: "... el Consejo de Estado manifiesta resueltamente su criterio favorable a la resolución del contrato ya que, como se ha indicado en los antecedentes, la ejecución de las obras a la vista de las dificultades técnicas que han surgido, implicaría la necesidad de una modificación del proyecto que alcanzaría al 73 por 100 del precio inicial del contrato. Ciertamente es que en pura hipótesis esta modificación sería posible ya que está previsto en diferentes preceptos de la legislación contractual que puedan hacerse modificaciones superiores al 20 por 100 del precio del contrato, pero también es indudable que una modificación de la magnitud necesaria en el presente caso implica, de hecho, un contrato prácticamente nuevo y distinto, por lo que parece aconsejable para el interés general resolver el vigente nexo contractual".

³³³ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 51698, de 25 de febrero de 1988: "Ahora bien, la dificultad sustancial para aceptar la modificación proyectada estriba en la naturaleza misma de la supuesta modificación (...) En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, e incluso de los informes que obra en el expediente, se trata en realidad de una variación de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habían de ejecutarse en la carretera S-492. Pero más que una modificación de contrato se trata en realidad de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar sin duda a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo distinto".

³³⁴ Bouleversement de l'économie du contrat se refiere a la alteración de los fundamentos técnicos, financieros y administrativos presentes en el acuerdo inicial.

³³⁵ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit.

³³⁶ Sobre la problemática en España ver por ejemplo STS, Sala Tercera, 07/07/1998 (Ar. 5744; MP: Juan Manuel Sanz Bayón).

Un contrato complementario o accesorio será el que tiene una relación de dependencia con el contrato original, pero ésta no es tanta como para que se considere un mero modificado, sino que se le considera un nuevo contrato. Existe una dependencia material –el nuevo contrato se apoya en el primero–, pero una autonomía jurídica –se trata de dos contratos diferentes. Contrato nuevo que, y esta es su principal característica, podrá ser adjudicado a través del procedimiento negociado sin publicidad³³⁷. Esta posibilidad, que supone una excepción al régimen general, provoca que sólo pueda considerarse contrato complementario a aquéllos que cumplen unas condiciones determinadas.

Por último, en el presente estudio tendremos en cuenta los complementarios en la medida en que las nuevas Directivas han incluido la necesidad de trabajos complementarios como una de las razones que empujan a la modificación del contrato (art. 72 Directiva 2014/24), camino que parece seguir la nueva LCSP que será aprobada en 2016.

1.2.3. Modificación frente a suspensión del contrato

Dos figuras que tradicionalmente se han presentado muy relacionadas son las de la modificación del contrato y la de su suspensión. No en vano, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar la suspensión como una expresión del poder de modificación del contrato³³⁸. Sin embargo, son dos figuras diferentes.

A tal confusión ha colaborado sin duda la técnica legislativa, que ya desde la LCE situaba juntos el precepto dedicado a la modificación (art. 48 LCE) y el de la suspensión (art. 49 LCE).

Asimismo, es obvio que una modificación compleja del contrato puede exigir la suspensión provisional de éste, pero dicha suspensión provisional técnicamente no modifica el contrato. Posiblemente el contrato acabe de ser ejecutado más tarde de lo previsto, pero no tiene porqué implicar un aumento en el plazo de ejecución –aunque sí un cambio en la fecha de finalización. Esa conexión entre la suspensión y el procedimiento de modificación llevan a

³³⁷ El TRLCSP establece los contratos complementarios como casos de negociado que no requieren publicidad. (arts. 171.b para obras y 174.b para servicios, en relación con el artículo 177 TRLCSP). En el caso de suministros se habla de “entregas complementarias” del proveedor inicial que sean reposición parcial o ampliación, cuando cambiar de proveedor diera lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas desproporcionadas de uso y de mantenimiento, siendo el plazo máximo de duración de tres años.

³³⁸ STS, Sala Tercera, 13/04/1981 (Ar.1840); STS 23 junio 1989, (Ar. 4472); así también ARIÑO cuando considera que se trataría en ocasiones de “una especialidad” de la potestad de modificar el contrato G. ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984., p. 96.

HORGUÉ BAENA a definir la suspensión como una potestad accesoria a la de modificación del contrato³³⁹.

En este trabajo estudiaremos la suspensión en la medida en que se produzca como consecuencia de la modificación del contrato. Y es que hay que distinguir la suspensión que se integra en el procedimiento de modificación del contrato, de aquella que se deriva de otros sucesos, como el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago, o la suspensión antes del inicio de la ejecución por problemas con la puesta a disposición de los terrenos. Es más, la suspensión podría acabar dando lugar a la resolución del contrato.

Lo que toda suspensión tiene en común es que debe quedar constancia de las circunstancias que la motivan y del estado de los trabajos en un documento llamado “acta de suspensión”. Además, en función de quién o qué sea el responsable de la suspensión, se generará el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios³⁴⁰.

1.2.4. Modificación, interpretación del contrato e instrucciones

La modificación del contrato se ha configurado tradicionalmente en nuestro Derecho como una prerrogativa de la Administración contratante. Sin embargo, no es la única que ésta tiene a su disposición, llamando ahora nuestra atención la interpretación unilateral del contrato.

Una vez más debe partirse de la idea de contrato como ley entre las partes. Ocurre que, en ocasiones, la claridad del clausulado no es satisfactoria, originando problemas durante la ejecución del contrato. En el Derecho civil debe siempre buscarse una interpretación literal de las cláusulas, no aisladamente sino en el conjunto del contrato, y sólo si la literalidad de la cláusula genera problemas deberá acudir a otros mecanismos. Estos mecanismos se encuentran en los art. 1281 y siguientes.

La Administración, cuando contrata utilizando el mecanismo del contrato administrativo, puede interpretar unilateralmente un contrato. Esta interpretación unilateral no es, sin embargo, ilimitada. Debe, por un lado, respetar las normas comunes sobre interpretación de los contratos que figuran en el Código Civil, lo cual implica que debe realizarse conforme al propio contrato y, en caso de ser necesario, puede recurrirse a los documentos que forman

³³⁹ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit.p. 61.

³⁴⁰ Ejemplo en la STS 23 junio 1989, Ar. 4472.

parte del expediente. En este sentido los pliegos de condiciones particulares, la memoria. Además, es importante considerar que la interpretación de cláusulas oscuras no debe favorecer a quien ha ocasionado la oscuridad. Al ser la entidad contratante la encargada de redactar los pliegos, deberá siempre interpretar las cláusulas oscuras de forma estricta³⁴¹.

En todo caso, la “idea directriz –fin del contrato- ha de presidir el recto entendimiento, tanto de las normas como del mismo contenido obligacional derivado de los términos de un contrato en particular, para decidir todas cuantas dudas surjan en su interpretación y ejecución”³⁴².

El límite máximo a la interpretación es que a través de aquella no puede reformularse el contrato, esto es, producirse modificaciones del contenido contractual.

La Administración debe seguir el procedimiento determinado (que incluye informe de los servicios jurídicos, y la audiencia de la otra parte). Si el contratista manifestase su disconformidad con la interpretación dada, la Administración deberá solicitar informe preceptivo del Consejo de Estado antes de adoptar la resolución que proceda. Una vez observada dicha tramitación, si el contratista persistiera en su disconformidad, deberá impugnarla siguiendo los cauces de reacción contra los actos administrativos³⁴³.

Tampoco las órdenes o instrucciones que se dan en la ejecución del contrato deben ser confundidas con la modificación del contrato. En Francia, por ejemplo, en la práctica, la manera de modificar unilateralmente el contrato ha sido a través de las órdenes en la ejecución (“ordre de service”), aunque legalmente no sea reconocida como instrumento de modificación del contrato³⁴⁴. No debería ocurrir lo mismo en España, si bien, como señala JIMENEZ AYALA el libro de órdenes se convierte en un instrumento mal empleado, que pasa de servir de documento donde se aclara e interpreta el proyecto a ser la vía de corrección de imprevisiones, ampliación de dotaciones, mejoras de calidades y cambios en general. Por supuesto, a la hora de redactar el proyecto modificado casi nunca son las motivaciones y los cambios reales los que se describen y se valoran, sino aquellos que menos inconvenientes

³⁴¹ Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006.

³⁴² G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 222.

³⁴³ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 399 observa que el TS niega que en casación pueda llevarse a cabo la interpretación de los contratos.

³⁴⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit.p. 358-359.

susciten para su aprobación por instancias superiores³⁴⁵. Como señala la Audiencia Nacional respecto a las órdenes en la ejecución,

“se consagra, igualmente, la facultad de la Administración de intervenir en la ejecución a través de la dirección facultativa de la obra y la correlativa obligación del contratista de soportar dicha intervención, pues aquella es, en definitiva, la dueña de la obra. Tal intervención se manifiesta en distintos planos y se practica a través de las funciones de dirección y de control o vigilancia, comprendiendo también la facultad de impartir instrucciones para la ejecución del contrato.

Cabe formular a este respecto tres observaciones: 1) las instrucciones no pueden alterar el contenido obligacional del contrato, sino sólo interpretar su sentido, sin perjuicio de que el ejercicio ius variandi mediante las correspondientes modificaciones contractuales resulte admisible y el contratista este obligado, en su caso, a soportarlo; 2) las instrucciones tienen carácter puramente técnico; y 3) estas instrucciones deberán respetar el ámbito de autonomía indispensable y la libertad de organización de que goza el contratista en la ejecución de la obra, base en la que se apoya el principio de riesgo y ventura. Solamente dentro de los límites indicados, la Administración tiene reconocida la potestad de dictar instrucciones, que si se ratifican por escrito, resultan vinculantes y directamente ejecutivas”³⁴⁶.

1.3. Clasificación de las modificaciones objetivas

1.3.1. Según la postura de las partes: la modificación convencional, la modificación unilateral y las modificaciones híbridas.

Durante la ejecución del contrato la necesidad de introducir modificaciones puede provenir de una de las partes o de las dos. Cuando la modificación se plantea por una de las partes, que además tiene poder suficiente para imponerla a las demás, estaremos ante la llamada modificación unilateral del contrato. Por el contrario, si la modificación es acordada por ambas partes, entonces no existirá unilateralidad, sino que se habrá modificado el contrato en virtud de nuevo pacto. Es lo que se conoce como modificación convencional o modificación por mutuo acuerdo.

Una y otra alternativa son importantes en función del país en el que nos encontremos y el tipo de contrato. Este poder de modificación unilateral se encuentra presente en la misma génesis del contrato administrativo tanto en España como en Francia, países donde dicha figura adquiere gran protagonismo. En Francia, por ejemplo, se encuentra presente en el *arrêt Cie General Française des Tramways* del Consejo de Estado francés (11 de marzo de

³⁴⁵ J. JIMÉNEZ AYALA, “Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias.”, 2003, Universidad de Educación a Distancia. (Tesis), p. 598.

³⁴⁶ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar.192625; MP: Juan Pedro Quintana Carretero)

1910) se establece que:

“3. (...) que en vista de las leyes de 11 de junio de 1880 (art. 38) y de 15 de julio de 1845 (art. 21), las cuales implican que la Administración tiene el derecho no solamente de aprobar los horarios de los trenes por razones de seguridad en la circulación, sino que también tiene el derecho de prescribir las modificaciones y adiciones que sean necesarias para asegurar, dentro del interés público, la marcha normal del servicio (...) La compañía podrá solicitar la indemnización en reparación por los perjuicios causados por la agravación de los costes de la explotación”³⁴⁷.

Normalmente suele pensarse que mutuo acuerdo-convencionalidad es habitual en los contratos entre particulares mientras que imposición-unilateralidad es típico de los contratos públicos. Sin embargo, nada más lejos de la realidad por varias razones. Primero, porque esa visión está centrada en lo que teóricamente pasa en España. Es cierto –como veremos– que aquí el modelo de modificación de los contratos está basado en el llamado *ius variandi*. Sin embargo eso no ocurre en otros países. Incluso en Francia se prefiere acudir a fórmulas paccionadas antes que a la imposición unilateral. En segundo lugar, incluso en España esa manera de modificar el contrato se circunscribe a la contratación administrativa, que como sabemos no es toda la contratación del sector público. En tercer lugar, que siendo una categorización útil en términos teóricos, no lo es en términos prácticos ya que la realidad es mucho más compleja. Los límites de una u otra manera de modificar se difuminan y entre un extremo y otro surgen lo que HOEPFFNER ha llamado modelos híbridos de modificación³⁴⁸. Por ejemplo, existirán modificaciones con apariencia de unilateralidad que en realidad hayan sido pactadas con el contratista o, incluso, que haya sido éste el que haya redactado dicha modificación que acaba siendo aprobada como un acto de poder administrativo. Habrá también modificaciones aparentemente convencionales que tengan origen en la imposición unilateral de una de las partes. En este sentido, no es raro que se firmen contratos que moldeen y detallen las nuevas condiciones impuestas por el ente contratante.

Si aceptamos la existencia de dichos modelos híbridos, estaremos aceptando que el instrumento para modificar el contrato (acto-contrato) es sólo una carcasa que esconde una realidad llena de matices. Más adelante estudiaremos con profundidad qué ocurre en cada ordenamiento, en especial el español, donde nos detendremos en las consecuencias que tiene

³⁴⁷ Traducción del autor de la Tesis sobre el texto disponible en http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/Le_contrat_administratif___regime/GrandsArrets_11mars1910.pdf (accedido en diciembre 2014)

³⁴⁸ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit.p. 274

que la Administración modifique el contrato a través de una potestad cuando, en la práctica el propio contratista está a favor de la modificación.

1.3.2. Según su objeto: la modificación del plazo y de otras prestaciones

Habiendo ya explicado en el capítulo de “Cuestiones preliminares” que el objeto de la Tesis son las modificaciones objetivas y no las subjetivas, podemos abordar directamente la tipología de las modificaciones objetivas. Dentro de este heterogéneo conjunto de figuras que se asocian de alguno u otro modo con la modificación objetiva habrá que llevar a cabo una clasificación lo más completa posible.

Dentro de las modificaciones objetivas se puede distinguir entre **modificación del plazo y modificación de cualquiera de las prestaciones, en particular las de carácter económico (canon o tarifas, por ejemplo).**

Respecto al plazo, no hay que olvidar que se trata de un elemento esencial en la configuración de un contrato³⁴⁹. A pesar de esta esencialidad, en la práctica el plazo de ejecución de un contrato suele ser objeto de muchas modificaciones.

En primer lugar, y quizá el más habitual, es la utilización de la ampliación del plazo como medio para restablecer el equilibrio económico. Es decir, que ante un determinado suceso, la entidad contratante compensa al contratista con una prórroga del contrato³⁵⁰. Históricamente, como observa AGUDO GONZÁLEZ la evolución que sufre los plazos en materia de concesiones es la de: formulación de plazos legales máximos e insuperables; reducción sucesiva de dichos plazos; relativización de los plazos en base al principio de continuidad del servicio, que facilita el acceso generoso a la prórroga contractual; y, por último, la reacción de la legislación ante la interpretación laxa a través de tratamiento restrictivo de las prórrogas –prohibición de prórrogas tácitas, restricción a la modificación unilateral, etc.³⁵¹. Y es que hoy existen dos líneas doctrinales opuestas sobre la libertad de

³⁴⁹ F. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, “El término en el contrato administrativo de obra”, *Revista de Administración Pública*, vol. 97, 1982.; GARCIA-TREVIJANO sin embargo matiza esta consideración y señala que el plazo es relativamente esencial E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre el plazo de los contratos administrativos de obra”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 60, 1988.

³⁵⁰ Tanto el Tribunal Supremo español como el Consejo de Estado han aceptado su uso como medida compensatoria respecto a desequilibrios contractuales. Ver STS 26 febrero 1998 y Dictamen del Consejo de Estado, 4709/1998, de 4 de febrero de 1999.

³⁵¹ Muy completo el artículo de J. AGUDO GONZÁLEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público.

utilización de la prórroga como mecanismo de compensación, que en ocasiones ha sido laxa³⁵² y en otras, más estricta³⁵³.

En España, el TRLCSP regula la prórroga de manera independiente a la modificación³⁵⁴. Así, la regulación de la prórroga supone una excepción al régimen general de la modificación de los contratos. El artículo 105 TRLCSP señala que “sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el art. 107”.

Según el TRLCSP, la prórroga ahora sólo puede tener lugar i) si está prevista en los pliegos; ii) si existen retrasos no imputables al contratista (art. 213 TRLCSP); iii) fuese necesario remediar defectos en el momento de la recepción de las obras (art. 235 TRLCSP); iv) si sirve para compensar un desequilibrio económico del contrato en los casos que se permite. Ejemplo de este último caso es el artículo 258.3 TRLCSP sobre mantenimiento del equilibrio del contrato de concesión de obra:

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b) [fuerza mayor o actuaciones de la Administración que rompan sustancialmente la economía de la concesión], y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, cit.

³⁵² STS, Sala Tercera, 30/04/2001 (EDJ 2001/28576; MP: Francisco Trujillo Mamely); STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén). Fue necesario modificación de ley para permitir prórroga: Ley 13/1996 art. 157 que adiciona art. 25 bis a Ley 8/1972. Así se pronuncia la JCCA 12/06 de 24 marzo, al considerar que debe ser interpretación estricta.

³⁵³ STS, Sala Tercera, 25/05/2006 (EDJ 2006/83915; MP: Santiago Martínez-Vares García).

³⁵⁴ En el Informe 12/06 JCCA que resume la doctrina al respecto, considera que debe ser la normativa vigente en momento de la prórroga. Sin embargo, en la LCSP se deduce que será la normativa vigente en momento de firmar el contrato. Se produce un cambio de doctrina en este sentido como puede verse en el Informe 61/08 JCCA, de 31 de marzo de 2009.

Y en el contrato de gestión de servicios, artículo 282.5 TRLCSP:

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c) [fuerza mayor y actuaciones de la Administración que determinen la ruptura sustancial], podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente³⁵⁵.

En todo caso, a pesar de los distintos regímenes de la prórroga, hay que tener en cuenta que también que son aplicables los principios de la contratación. Y si estos supusieron un límite a la modificación del contrato, también lo serán para la prórroga.

Además de la modificación del plazo, también es posible modificar el objeto. Por ejemplo, en el ámbito de las concesiones tienen mucha importancia la modificación de las tarifas como elemento para el restablecimiento del equilibrio de la modificación. No hay que olvidar que la tarifa es el “eje medular del régimen económico-financiero” de la concesión³⁵⁶, cuya máxima expresión fue el principio de suficiencia tarifaria³⁵⁷. También, en el pasado si la modificación del plazo o de la tarifa no era suficiente, podía recurrirse fácilmente a la subvención *ex novo*. Una subvención con carácter compensatorio o indemnizatorio, según el caso³⁵⁸. Dicho régimen que se previó como excepcional, pero que con el tiempo se generalizó³⁵⁹. Por ejemplo, en el caso de una concesión de transporte urbano donde la revisión de tarifas no es suficiente³⁶⁰. Esta opción se encontraba expresamente establecida en el artículo 129 RCCL de 1955. El LCE no hacía ya referencia directa a la subvención, ni

³⁵⁵ A diferencia de lo que ocurre en el contrato de concesión, en el de gestión sí hace referencia a los límites previstos. Límites que están en el artículo 278 TRLCSP.

³⁵⁶ G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Potestad tarifaria y equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones Locales”, cit., p. 373; el autor habla de la dualidad tarifa suficiente versus remuneración suficiente. En muchas ocasiones, dice el autor, lo que se asegura es una remuneración, independientemente de si se alcanza mediante la tarifa o no.

³⁵⁷ Principio que exigía que la tarifa fuera suficiente para cubrir el coste de la concesión. Ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, vol. 12, septiembre-diciembre, 1953. ; G. ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976.

³⁵⁸ Sobre subvención-indemnización ver J. L. VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, *Revista de Administración Pública*, vol. 14, mayo-agosto, 1954.

³⁵⁹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Potestad tarifaria y equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones Locales”, cit., p. 375.

³⁶⁰ STS, Sala Tercera, 20/12/1986 (EDJ 1986/8527 ; MP: Francisco Javier Delgado Barrio); también la STS 23 diciembre de 1988.

tampoco lo hacen las actuales normas de contratación, pero la expresión “el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante **la adopción de las medidas que en cada caso procedan**” parece dejar abierta la opción a esta técnica de restablecimiento. Sólo así puede entenderse la legalidad de los llamados “peajes en la sombra”, esto es, cuando la entidad adjudicadora sobre la diferencia entre la tarifa y el coste real del servicio. Habrá, sin embargo, que atender a las reglas de ayudas de Estado.

1.3.3. Según su origen: la modificación por causas internas y la modificación por causas externas

Otro criterio de clasificación es el origen de la causa que provoca la modificación. Si el origen se sitúa en el propio contrato se hablará de modificación por causas internas, mientras que si el origen se sitúa fuera del contrato se hablará de modificación por causas externas al contrato.

Las modificaciones internas son aquellas que emanan de la voluntad de las partes, sea bilateral o unilateral, lo cual se contrapone a las modificaciones que se originan en fenómenos ajenos a la voluntad de las partes, como los que dan lugar al riesgo imprevisible o la fuerza mayor. También el *factum principis* también se entiende como fenómeno externo al contrato. Ya hemos visto como estos fenómenos externos en muchos casos darán lugar, de manera obligatoria, a la modificación del contrato en la medida en que la ley se lo impone a la Administración. Ello sólo podrá evitar si se demuestra que la parte afectada pudo haber evitado las consecuencias del fenómeno.

1.3.4. Según su magnitud: modificaciones sustanciales y modificaciones menores

Otro criterio de clasificación es calificar las modificación según su magnitud, distinguiendo entre **modificaciones sustanciales y menores**

Esta distinción ha tenido gran acogimiento en los sistemas de contratación que regulan la modificación. Por ejemplo, en la generación de Directivas de 2014 se acepta modificar el contrato cuando dicha modificación no supera un porcentaje, fijando así reglas *de minimis* que permiten la modificación, entendiendo que esas variaciones mínimas no afectan al procedimiento de licitación.

Pero además de reglas de mínimos también se establecen límites máximos, muchas veces utilizando el concepto indeterminado de modificación sustancial del contrato. Un concepto que habrá que interpretar conforme a cada ordenamiento, pero que en general pretende transmitir la idea de que por encima de un límite la modificación del contrato no puede recibir tal apelativo, sino que estamos ante un verdadero nuevo contrato que debe ser adjudicado siguiendo las normas existentes para ello.

Las consecuencias jurídicas de la diferencia son claras en la medida en que unas modificaciones y otras tienen un régimen distinto. Por ejemplo, las modificaciones menores normalmente exigen procedimientos simplificados.

1.3.5. Según su efecto sobre el objeto: incremento, reducción, neutrales

Además, y en relación con esta última clasificación, también puede distinguirse las modificaciones por sus efectos, entre modificaciones que suponen un **incremento de la prestación /y por tanto del coste**), las que suponen una **reducción** y las que tienen un **efecto neutral**.

Las que implican un sobrecoste son las que más preocupación han levantado, y ello por sus efectos especialmente nocivos en el gasto público y en los principios de la contratación. GANUZA define sobrecostes como las “desviaciones al alza de los precios que fueron fijados en las adjudicaciones de los contratos”³⁶¹. Mismo sentido que le da BORDAT, que define “cost overrun” como el porcentaje de diferencia entre el coste final del proyecto y la cuantía por la que fue adjudicado³⁶².

Pero ello no puede hacernos perder de vista la importancia de las modificaciones que suponen una reducción de las prestaciones. Éstas también impactan en la adjudicación – pensemos un contrato complejo con multitud de prestaciones a la que sólo una empresa puede dar respuesta, que se modifica y se convierte en un contrato simple al que hubieran optado más candidatos.

³⁶¹J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit., p. 111.

³⁶²C. BORDAT Y OTROS, *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, cit., p. 13

Un ejemplo que se da en la práctica de modificaciones de reducción es de las concesiones de obra en que existen diferencias entre las estimaciones en el anteproyecto sobre el que se presentan las ofertas y el proyecto que realiza el adjudicatario. Pensemos en la concesión de un contrato de construcción y explotación de un aparcamiento en el que la Administración presenta unos datos aproximados de demanda que resultan estar sobrestimados. El contratista pedirá una reducción del tamaño del aparcamiento. Ocurre que si la Administración lo concede las ofertas presentadas en la licitación podrían haber sido diferentes, e incluso que se hubiese atraído a otros candidatos.

Por otro lado, las modificaciones que apliquen reducción impactan también en el equilibrio económico, que debe restablecerse siempre, salvo que la ley así lo exprese³⁶³. Y es que la ley en determinados casos, v.g contrato obra, suministros, servicios, señala expresamente que la reducción del contrato no es indemnizable.

Asimismo, la modificación a la baja ha sido un instrumento utilizado en épocas de crisis económica como la que vivimos actualmente³⁶⁴.

Respecto a las modificaciones neutrales, son aquellas que no suponen un incremento o un descenso del coste de un proyecto, sino que mantienen inalterado su presupuesto. Esta distinción es importante ya que en no pocas ocasiones se habla de sobrecostes como sinónimo de modificaciones cuando no siempre esa ecuación se respeta. Y habrá que tener en cuenta que pueden darse modificaciones que teniendo un efecto neutral impactan de lleno en el sistema de contratación. Es el caso del conocido asunto *Succhi di Frutta*, donde se cambia la modalidad de precio, impactan así en el procedimiento de adjudicación³⁶⁵. Por tanto, debe deslindarse el concepto de modificación de un contrato de lo que es su valor. No toda modificación tiene un valor monetario cuantificable. Puede ocurrir que un cambio en las condiciones de pago ya sea suficiente para haber atraído a mayor número de

³⁶³ TARC Andalucía, Resolución 204/2014 de 29 Oct. que anula una cláusula por permitir reducción del precio sin modificar las prestaciones que debe prestarse.

³⁶⁴ J. M. CANTERA CUARTANGO, “La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, vol. 19, quincena 15 a 29 octubre, 2012.

³⁶⁵ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c. CAS *Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236.

participantes³⁶⁶.

1.3.6. Según su forma: modificaciones expresas o tácitas

También se pueden clasificar las modificaciones **según la forma que adopten como modificaciones expresas o modificaciones tácitas**.

La forma es el “medio determinado que la ley o los particulares imponen para exteriorizar la voluntad contractual; es un plus añadido a la voluntad como vehículo necesario de expresión de ésta o como necesario revestimiento de la misma”³⁶⁷. Como ya se ha observado, en el Derecho civil la regla general es la libertad de forma, salvo en casos que exija la ley forma determinada³⁶⁸. Regla que sirve también para novar las obligaciones. Sin embargo, en Derecho Administrativo la forma adquiere un sentido más profundo ya que es una manera de fortalecer y controlar la declaración de voluntad de la Administración. Sin embargo, en la práctica es raro ver modificaciones tácitas del contrato.

Pensemos en un caso muy común: la modificación tácita del plazo de ejecución. Se habla incluso de la “teoría de la concesión tácita de prórroga” por la Administración³⁶⁹. Así ocurre cuando se actúa como si la prórroga hubiese sido concedida, pero realmente no se ha resuelto nada al respecto. O cuando directamente no se ha solicitado prórroga, pero la entidad contratante tampoco pone en marcha los mecanismos oportunos. Como dice el Consejo de Estado español respecto a los plazos “se opera con cierta laxitud, quizá por disociación –a veces explicable y hasta inevitable- entre el desenvolvimiento real de la vida del contrato y el rigor de las normas que lo rigen”³⁷⁰. La aceptación de la prórroga tácita suponía que la Administración ya no podía ejercitar otras facultades como la imposición de penalidades o la de resolución³⁷¹. Esta doctrina de las prórrogas tácitas ha sido expresamente suprimida

³⁶⁶ En este sentido por ejemplo Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351.

³⁶⁷ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol I, 5ª ed., p. 248.

³⁶⁸ Ver STS 27 diciembre de 1980 (ar. 5098): “si incluso en la novación extintiva o propia no está sometido el acto novatorio a especiales exigencias de forma, sino que rige el principio general de libertad..., con mayor fundamento habrá de ser aplicada tal tesis a la expresión de la voluntad dirigida simplemente a modificar una obligación, a la llamada novación modificativa”; Entre la doctrina ver, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Nauta: D.L.1964, Barcelona., p. 355.

³⁶⁹ STS 29 marzo 1988 (Ar. 2492).

³⁷⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 1986, p. 106.

³⁷¹ En este sentido J. SUAY RINCÓN, “La ejecución del contrato administrativo. la cesión del contrato y la subcontratación”, cit.p. 486.

por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre y la nueva redacción que le dio al artículo 67 de la LCAP. Hoy el artículo 23.2 TRLCSP señala que:

2. (...) La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

Por tanto, ya no parece posible la inclusión de cláusulas que permitan que el contrato se prorrogue automáticamente. Y tampoco los casos en que se producía prórroga tácita ante el incumplimiento de la Administración³⁷².

Otro caso de modificaciones tácitas es el de las bajadas de calidad del producto ofertado. Las prestaciones deben cumplirse según lo acordado, incluyendo, claro, la calidad acordada. No es raro ver contratos en que el contratista disminuye la calidad de aquello a lo que está obligado, sea materiales, suministros o servicios³⁷³. Estas modificaciones son en muchos casos difíciles de observar, y dependerán de si existen mecanismos de control o incluso de si el ciudadano es sensible al cambio³⁷⁴. Al final, en términos jurídicos, si no se reacciona contra estos cambios en la calidad se está aceptando otra prestación que la fijada en el contrato (“aliud pro alio”), lo cual tiene impacto directo en el principio licitatorio.

En la misma línea, se produce una modificación tácita del contrato cuando se permite que el contratista no realice alguna de las prestaciones a las que se obligó. Por ejemplo, en el contrato de autobús turístico de Madrid, uno de los competidores considera que se modifica el contrato al observar que la contratista no ha aportado los vehículos especiales a los que se comprometió, y que le dieron puntos suficientes para ganar la licitación. En cierta manera, la Administración ha exonerado al contratista de realizar esa prestación, y así lo entiende la Sala, que da la razón al competidor recurrente³⁷⁵.

También se trata de modificaciones tácitas cuando no se ponen en marcha los mecanismos existentes en el contrato ante todo tipo de incumplimiento. Esta tolerancia frente al

³⁷² Ver doctrina en Informe JCCA 61/08, de 31 de marzo de 2009 que considera necesario solicitud del conceionario, en su caso, y acuerdo del Ayuntamiento en todo caso.

³⁷³ También el Consejo de Estado francés se pronuncia contra la prórroga tácita del contrato, situación que considera como un nuevo contrato; *Arrêt Conseil d'État de 29 novembre de 2000 Commune de Païta*.

³⁷⁴ En este sentido, E. PADOVANI; D. W. YOUNG, “Toward a Framework for Managing High-Risk Government Outsourcing”, cit.

³⁷⁵ STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, 07/05/2007 (EDJ. 77040; MP: Juan Ignacio Pérez Alférez).

incumplimiento se observa cuando no se aplican penalidades o la resolución establecidas en el contrato. Por ejemplo, en el caso de la paralización de las obras durante años sin que se adopte medida alguna contra la pasividad del contratista³⁷⁶. Precisamente, el Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, señala que en algunos casos de incumplimiento del contratista “no constaba que la Entidad contratante hubiera procedido a la resolución del contrato o a la efectiva exigencia de las penalidades correspondientes”³⁷⁷.

Recientemente se ha pronunciado en un caso similar la Junta Consultiva de Aragón, que en su Informe 4/2015 de 17 de marzo de 2015 aborda un caso en que no se ejecutan las mejoras ofertadas. La Administración pregunta si puede destinar el ahorro de la no ejecución a financiar la obra principal. La Junta contesta señalando que la no ejecución de las mejoras debería tramitarse como una modificación contractual, y si no se ejecutan por causa imputable al contratista, debe considerarse un incumplimiento contractual³⁷⁸.

En Italia, por ejemplo, ALBANO y ZAMPINO presentan evidencias empíricas de que la deficiente gestión de la ejecución³⁷⁹. Se basan para ello en el modelo de “National Frame Contracts” gestionados por Consip. Se realizan un total de 743 inspecciones. En el ámbito de la Administración central, en el 48% de los contratos se producían incumplimientos, sólo en un 2,78% se imponían las sanciones previstas. Todo ello, dicen los autores, “podría llevar a que las firmas actúen dentro de la racionalidad en términos económicos y pujen de manera más agresiva para llevarse el contrato, y después recuperar el margen perdido en la fase de ejecución”³⁸⁰.

También en Italia, es interesante el asunto Costanzo ya que el contratista de unas obras de

³⁷⁶ Memoria Consejo Estado año 1983, p. 80; Dictamen 44233 C.E 1982: construcción de una Comisaría se produce una paralización de las obras de cerca de tres años “sin que se adoptara medida alguna frente a la pasividad del contratista”

³⁷⁷ Informe núm. 1066 del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, BOE 23 de octubre de 2015.

³⁷⁸ Informe 4/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

³⁷⁹ G. L. ALBANO; R. ZAMPINO, “Strengthening the Level of Integrity of Public Procurement at the Execution Phase: Evidence from the Italian National Frame Contracts”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, Abingdon, 2013 (The economics of legal relationships).

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 22

hospital obtiene la oferta gracias a su compromiso de entregar las obras en un plazo muy reducido. Sin embargo, cuando llega el momento de hacerlo apenas tiene ejecutado un tercio del contrato, sin que se le apliquen las cláusulas penalizadoras correspondientes, algo que más tarde se descubrió que fue fruto de los sobornos pagados a los responsables de hacerlo³⁸¹.

1.3.7. Según su función: de mejora, de continuidad, de compensación y de regularización

Las modificaciones se pueden clasificar también según la función que cumplan en la relación contractual. Así, estamos ante **modificaciones de mejora, modificaciones de continuidad, modificaciones de compensación y de regularización**.

Las modificaciones de mejora son aquellas que se introducen para adaptar el contrato a nuevas necesidades. Un ejemplo típico es la llamada cláusula de progreso que se dice implícita en determinados contratos administrativos y que supone que el contrato pueda modificarse para adaptarlo a las mejoras tecnológicas o científicas que se hayan producido. Pero no necesariamente las modificaciones de mejora se producen con avances científicos. También podría ocurrir que durante la ejecución surgiese la necesidad de ampliar el contrato para cubrir nuevas necesidades detectadas durante la ejecución. Por ejemplo, en el caso de contratos de desarrollo de plataformas informáticas suele ocurrir que durante la fase de implantación se necesiten ajustes o se introduzcan nuevas prestaciones.

Puede ocurrir que la modificación del contrato se lleve a cabo para introducir mejoras propuestas por el contratista, lo cual no siempre es correcto. Por ejemplo, si se lleva a cabo un modificación que recoge las mejoras que el contratista introdujo en su oferta cuando en los pliegos no se preveía disposición alguna sobre admisión de variantes³⁸².

Las modificaciones de continuidad son aquellas que son imprescindibles para ejecutar el contrato como estaba previsto. Pueden tener su origen tanto en la propia ejecución (v.g circunstancias imprevisibles) o en la fase preparatoria (v.g malas mediciones, errores de proyecto). No se trata de mejorar prestaciones, sino de lograr que la prestación inicial se

³⁸¹<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1992/11/20/catania-in-carcere-gli-intoccabili.html> (accedido en agosto 2014).

³⁸² Dictamen 70/07, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

pueda ejecutar.

Las modificaciones de compensación son aquellas que están al servicio del principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, siendo por tanto un medio de reacción puramente instrumental que se activan cuando suceden circunstancias imprevisibles.

Por último, se habla de modificaciones de regularización cuando van encaminadas a regularizar un contrato que podría ser anulado. Pensemos por ejemplo en la modificación de alguna cláusula que fuese ilegal, por ejemplo, sería una modificación la reducción del plazo del contrato ya que el inicial queda fuera de los límites legales. Esta función de la modificación se ha explorado en Francia, más en la teoría que en la práctica, donde los riesgos legales – contenciosos y penales-, de tales actos evitan que se lleven a cabo³⁸³.

1.3.8. Según su legalidad: modificaciones regulares, modificaciones irregulares y modificaciones impropias

Por último, las modificaciones pueden clasificarse **en función de su relación con la normativa vigente, pudiendo ser modificaciones regulares, modificaciones irregulares y modificaciones impropias.**

Las regulares son, como es obvio, aquellas que se produzcan conforme a las normas establecidas, esto es, siguiendo los procedimientos oportunos y respetando las reglas de contenido sustancial. Dentro de las regulares habrá modificaciones que requieran mayor número de formalidades que otras. Por ejemplo, el artículo 234.3 TRLCSP contempla el caso en que, en un contrato de obra, se puedan introducir modificaciones sin aprobación del expediente por el órgano de contratación cuando se trate de variaciones que no superen el 10% del precio primitivo del contrato. Ejemplo claro, pues, de que la regularidad o no de una modificación viene establecida por la legislación.

Por contra, las irregulares serán aquellas que se realicen sin que se hayan dado las circunstancias habilitantes, pero también las que se realicen sin seguir los trámites oportunos

³⁸³ Sobre la noción de «régularisation» escribe H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 285 a 298.

o sin que éstos se realicen en el orden adecuado³⁸⁴. Las consecuencias de las modificaciones irregulares serán estudiadas en su momento.

Especialmente interesantes son las modificaciones impropias, que podrían perfectamente ser una especie del género de las irregulares. Se trata de modificaciones que se realizan formalmente para cumplir fin determinado, pero en realidad encubren un fin diferente. Desarrollaremos esta idea más adelante ya que, sin duda, una de las consecuencias del nuevo régimen de modificación será precisamente el acudir a este tipo de mecanismos.

³⁸⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 156; S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol IV., p. 405.

CAPÍTULO 2: LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO COMO MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE MANIFIESTA LA MODIFICACIÓN

2.1. El perfeccionamiento del contrato y su extinción

El primer paso para estudiar la modificación de los contratos es encuadrar el fenómeno dentro del procedimiento de contratación. Tanto en un contrato de Derecho privado como de Derecho público, la modificación se manifiesta en la fase de ejecución del contrato, es decir, cuando éste se hace efectivo o, si se quiere, cuando se realizan los derechos y obligaciones que su clausulado contempla. Subrayamos la idea de que la modificación se manifiesta en la ejecución, lo que no es lo mismo que afirmar que tenga su origen en esta misma fase. Puede –y suele– ocurrir que el contrato se modifique por causas que tienen origen previo. Por ejemplo, la modificación del proyecto por los errores en su redacción. Ahora bien, si queremos encuadrar el fenómeno y estudiar el seno en el que se manifiesta, entonces debemos atender a la fase de ejecución del contrato en la medida en que la modificación del contrato sólo puede tener cabida en la fase que ahora estudiamos³⁸⁵. Ésta englobará todo suceso que ocurra entre el momento de perfección del contrato y su extinción.

El **perfeccionamiento del contrato** es el momento en que se produce la concurrencia de voluntades. Es entonces cuando comienza éste a ser exigibles (“y desde entonces obligan” dice el artículo 1258 del Código Civil español)³⁸⁶. Como dice DÍEZ-PICAZO, “el efecto inmediato de la perfección de un contrato válido consiste en instaurar una reglamentación de la conducta de las partes”³⁸⁷.

En España, tradicionalmente, los contratos públicos se perfeccionaban con su adjudicación³⁸⁸. Con esa resolución se producía la concurrencia de voluntades de las partes contratantes. Aunque el licitador ya había prestado su consentimiento al realizar la oferta, la entidad contratante lo hace en el momento de la adjudicación y tras un procedimiento que

³⁸⁵ STS 20.11.1998 (Ar. 255): modificación es de la fase de ejecución.

³⁸⁶ Dejar constancia de la discusión existente acerca del momento exacto de perfección: cuando la aceptación se declara o cuando la aceptación se conoce.

³⁸⁷ L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen II . El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, 9ª ed, Tecnos, Madrid, 2001., p. 86.

³⁸⁸ Arts. 54 a 57 de LCAP recogen una tradición heredera de la redacción de la RCCL (arts. 45 y 48) y LCE (art. 13). Ver STS, Sala Tercera, 11/04/1984 (Ar. 1920; MP: Julio Fernández Santamaría).

pretende definir cual es la voluntad administrativa. Procedimiento regulado a través de lo que se conoce como sistema de contratación. Pero, tras las recientes reformas incorporadas por la Ley 34/2010, los contratos de las Administraciones públicas pertenecen a la categoría de contratos que se perfeccionan con su formalización en documento administrativo (artículo 27 y 156 TRLCSP). Un régimen que la Directiva 2007/66 prevé para los contratos sujetos a regulación armonizada, pero que la Ley 34/2010 ha extendido a todo contrato de los poderes adjudicadores, incluidas, claro, las Administraciones públicas³⁸⁹.

En términos generales, la ejecución del contrato no puede comenzar sin su previa formalización (artículo 156.5 TRLCSP)³⁹⁰. Se dota así a la formalización del contrato de una fuerza de la que antes carecía. Ello responde a las exigencias comunitarias³⁹¹, según las cuales, se requiere un periodo entre la adjudicación y la formalización del contrato. Cumplidos estos requisitos del contrato comienzan a surtir los efectos acordados³⁹², lo cual no quiere decir que la adjudicación no tenga valor jurídico³⁹³.

Todo lo dicho hasta ahora es importante en la medida en que permite conocer cuál es el régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato. Por regla general, el régimen jurídico en materia de contratos viene establecido según la fecha en que el contrato se perfecciona, que será el momento de su adjudicación o de su formalización, según se trate de contratos anteriores o posteriores al 9 de septiembre de 2010, fecha en la que entra en vigor el nuevo régimen de perfeccionamiento del contrato a través de su formalización³⁹⁴.

³⁸⁹ Los poderes adjudicadores que no sean Administración pública deberán adaptar su actuación para garantizar que ese periodo suspensivo se cumple tanto en los contratos SARA (artículo 190) como en los que quedan fuera de regulación armonizada (artículo 191).

³⁹⁰ Salvo las excepciones recogidas en el artículo 113 TRLCSP sobre contratación en casos de emergencia.

³⁹¹ Primero de carácter jurisprudencial (C-81/98, asunto Alcatel, de 1999) y luego consagrado en la Directiva 2007/66/CE.

³⁹² Incluso en el caso en que el contrato contenga alguna cláusula suspensiva debe entenderse que la aplicación de dicha cláusula es ya aplicación del contrato.

³⁹³ Gallego Corcolés afirma que la adjudicación del contrato ya genera efectos obligacionales. La forma no se exige como requisito de validez, ni como medio probatorio del contrato, “sino que el carácter solemne de la contratación pública se ha introducido como un mecanismo técnico que permite la interposición de un recurso eficaz por parte de terceros”. Ver I. GALLEGO CÓRCOLES, “La formalización”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014., p. 259.

³⁹⁴ En este sentido se pronuncia la Memoria del Consejo de Estado de 2011, p. 281; en él se observa que el Código Civil en su disposiciones transitorias contiene un pronunciamiento similar al disponer que “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma”.

Por tanto, toda modificación que se produzca antes de la formalización no será estudiada en este trabajo ya que no es una modificación del contrato sino de los pliegos. La modificación previa a la formalización puede darse a dos niveles. Primero, durante la propia licitación, la Administración contratante podría alterar las condiciones de licitación, ya sea unilateralmente o a través de negociaciones con los candidatos. Se trata de un tema muy sensible por los graves efectos sobre la licitación. En segundo lugar, las modificaciones se pueden producir en el contrato final. Es decir, que una vez realizada la adjudicación final, se negocian e introducen cambios en el texto final del contrato formalizado³⁹⁵. Ambos tienen consecuencias similares, la de hacer saltar por los aires el procedimiento de licitación, pero deben tratarse de manera distinta. Ejemplos de modificaciones previas a la formalización hay muchos. En el Libro Verde de la Comisión Europea, *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, se aluden a casos que el poder adjudicador cambia el emplazamiento de la obra durante su adjudicación, suprime obras previstas o modifica condiciones de financiación³⁹⁶. En todos estos casos la Comisión consideró que se trataba de modificaciones sustanciales y que, por tanto, se debía publicar nuevo anuncio de licitación. Otro ejemplo es el de aceptar ofertas que no cumplan lo establecido en los pliegos, en la medida en que ello supone una modificación tácita de éstos y, por ende, no está permitido. En esta línea se enmarca el debate sobre en qué casos se permite la subsanación³⁹⁷.

El celo que se guarda en esta fase contrasta con el escaso control en la modificación propiamente dicha. ¿A qué se debe esto? Primero, a que se la alteración de las condiciones del pliego o de las ofertas se enmarca en la fase de adjudicación que como ya sabemos recibe mayor atención que la de ejecución. Y segundo, que mientras que en los procedimientos de adjudicación las decisiones del ente adjudicador son escrutadas por el resto de licitadores y candidatos, en la modificación de los contratos las decisiones tan solo son supervisadas por órganos de control internos y externos, los cuales no siempre han funcionado como debieran.

En el otro extremo de la vida del contrato se encuentra su **extinción**. Extinción que puede producirse por el cumplimiento, por la pérdida del objeto, por la condonación de la deuda,

³⁹⁵ La regla general es que el contrato entre las partes debe reflejar lo dicho en los pliegos y lo establecido en la oferta ganadora – no puede apartarse sustancialmente; sólo concretar aspectos no esenciales.

³⁹⁶ COMISIÓN EUROPEA, *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, p. 14

³⁹⁷ Informe JCCA 18/10 de 24 de noviembre de 2010 declara la improcedencia de subsanar una deficiencia una vez presentada la proposición. La decisión 348/2014 TACRC considera que no debe permitirse subsanar o aclarar una oferta cuando ello equivale a la presentación de otra oferta diferente.

por la confusión de los derechos, por la compensación o por la novación (art. 1156 CC), pero también por la invalidez, la rescisión, la resolución, la revocación o el desistimiento. En la contratación pública, el contrato se extingue por su cumplimiento (formalizada a través del acto de recepción o conformidad)³⁹⁸, o por su resolución, que debe producirse en virtud de causa reconocida en la legislación. En todo caso, la extinción provoca que la fuerza de obligar del contrato decaiga. Sus efectos continúan, claro está, pero ya no es un instrumento que pueda seguir obligando.

Asimismo, cuando el plazo de ejecución fijado en el contrato llega a su fin sin que se produzca su prórroga o prolongación se produce la extinción automática del mismo. Podrá entonces liquidarse el contrato, pero ya no cabe la posibilidad de modificación, ni de resolución del mismo³⁹⁹. Por tanto, una modificación acordada una vez que el contrato ha finalizado no puede ser considerada otra cosa que una nueva adjudicación⁴⁰⁰.

Un análisis en profundidad del régimen de ejecución de los contratos exigiría abordar detenidamente supuestos que se dan a lo largo de la ejecución: el cumplimiento, el pago, el retraso en el cumplimiento o mora, el incumplimiento (de ambas partes), la suspensión, entre otros. Sin embargo, estas figuras se abordarán en la medida en que linden con la modificación objetiva del contrato, que es el objeto concreto de la investigación.

En definitiva la fase de ejecución será aquella en que el vínculo obligatorio despliega sus efectos más importantes, y ello por ser el momento en que se aplica lo acordado. En las próximas líneas se estudia aquellas normas jurídicas que regulan esta fase del contrato. Reglas que en función del ámbito jurídico en el que nos encontremos tendrán una mayor o menor densidad normativa.

Esta sección comienza con el estudio de los principios de la contratación y su aplicación a los contratos públicos. Después se centra en estudiar el régimen particular de la ejecución de

³⁹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 3092/1998, de 10 de septiembre de 1998 considera que una vez recepcionado el contrato, ya está en fase de liquidación. La STS, Sala Tercera, 17/11/2011 (Ar.2274; MP: Juan José González Rivas) señala que en los casos de cumplimiento el vínculo contractual no se extingue hasta la recepción definitiva y la liquidación final.

³⁹⁹ Por ejemplo, sobre intento resolución de contrato extinguido por finalización del plazo de ejecución el Dictamen 328/2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁴⁰⁰ En este sentido, por ejemplo, el Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 18/2012, de 20 de noviembre de 2012.

los contratos públicos, que está marcado inexorablemente por las potestades administrativas de las que goza la Administración. Por último, el análisis se centra en el estudio detenido de aquellos principios que tienen una importancia capital en la ejecución del contrato público. Debe advertirse desde ahora que el hecho de incardinar estos principios en el epígrafe correspondiente a la contratación pública no quiere decir que se trate de principios exclusivos del Derecho administrativo. Tan solo se sitúan allí por la especial importancia que tienen en ese ámbito de la contratación.

2.2. Los principios de la contratación civil y su aplicación al Derecho de los contratos públicos

La presente Tesis se centra en la institución de la modificación de los contratos públicos, si bien debe partir del estudio de los contratos de Derecho privado. Este estudio de los principios de la contratación tiene una importancia de primer orden e importa llevarlo a cabo al comienzo del trabajo. Varias son las razones que así lo aconsejan.

En el Derecho Administrativo, y tras un debate doctrinal intenso, hoy se ha asumido que los contratos públicos y los contratos privados pertenecen a la categoría metajurídica de “contrato”⁴⁰¹, razón por la cual ambos tipos de contratos no son sustancialmente diferentes, sino que beben de la misma institución jurídica⁴⁰². Así, el núcleo esencial del concepto de contrato es el mismo en ambas disciplinas, tratándose de “el acuerdo o pacto que, mediante la prestación del correspondiente consentimiento, vincula o liga a dos o más personas respecto de una determinada conducta de carácter patrimonial”⁴⁰³. En ambos casos las partes persiguen el mismo fin jurídico: superar obstáculos y ensanchar la esfera de vida y acción⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960.

⁴⁰² El Consejo de Estado en su Memoria de 2004 afirma que “el reconocimiento constitucional de la figura del contrato administrativo no supone, pues, necesariamente la consagración de una figura autónoma y cerrada de contrato, del todo ajena al contrato privado y que no tenga en cuenta los principios rectores tradicionales del derecho de obligaciones” (p. 126).

⁴⁰³ C. LASARTE, *Principios de Derecho civil. Contratos*, vol. tomo III, 4ª, Marcial Pons, Madrid, 1996., p. 3.

⁴⁰⁴ Feliz expresión del filósofo y jurista krausista Heinrich AHRENS quién además afirmaba que “El contrato no produce, pues, una restricción del círculo de la libertad de una persona como creían Kant y su escuela, sino mas bien una extensión del círculo de actividad de las partes contratantes, porque hace posible lo que es superior a las fuerzas de uno solo. El contrato hace cesar el aislamiento de los hombres, que seria fatal á todos, los une en su voluntad por un cambio de medios generalmente ventajosos á cada uno, y produce un eslabonamiento voluntario de todos los esfuerzos individuales.” AHRENS, E., *Curso de Derecho Natural*, 6ª ed. (3ª española), trad: Rodríguez Hortelano y Ricardo de Asensi), Librería extranjera y nacional, científica y literaria, Madrid, 1873, p. 448.

Es decir, que el contrato es fundamentalmente uno, aunque presente alguna variedad o especialidad por determinadas circunstancias.

Pero es que, aun si considerásemos que contrato civil y contrato administrativo son figuras sustancialmente diferentes, no podríamos obviar el estudio de los principios que articulan la contratación en el Derecho privado en la medida en que los contratos públicos nacen de ellos⁴⁰⁵. En palabras de GARRIDO FALLA, “como en tantas otras ocasiones, el Derecho administrativo se inspira en una teoría [la de las obligaciones], aunque adaptándola a sus peculiares necesidades, previamente construida por el Derecho civil”⁴⁰⁶. Un ejemplo de esto es el tratamiento que la jurisprudencia le da a los supuestos de riesgo imprevisible, donde se está aplicando la teoría del *rebus sic stantibus* y la base del negocio, de origen iusprivatista⁴⁰⁷.

Por último, es importante estudiar los principios básicos del Derecho civil debido al considerable número de contratos del sector público en los que se aplican normas de Derecho privado. Un fenómeno, éste, que no sólo se debe a la llamada “huida del Derecho Administrativo”, sino que se remonta a los mismos orígenes de la contratación pública ya que la Administración siempre ha tenido la posibilidad de contratar en el ámbito jurídico-privado.

Ahora bien, dado los intereses que representa la Administración, en ocasiones es necesario que los principios de Derecho civil atemperen su rigor y dejen paso a modulaciones e, incluso, a la aplicación de otros que en el ámbito privado no gozan de mucha importancia.

⁴⁰⁵ Como afirma MEILÁN, “la historia de las elaboraciones doctrinales de los contratos ha estado dominada, como no podía dejar de ser, por la sombra del Derecho civil. Identidad sustancial, modulación o matización, exorbitancia..., las respuestas que se dan en la ciencia administrativa son respuestas a planteamientos civilistas. ¿Cómo puede haber contrato si las partes no están en situación de igualdad?, ¿cómo puede quedar la Administración o el Príncipe ligados por la *lex contractus*?”; J. L. MEILÁN GIL, “La actuación contractual de la Administración Pública española: una perspectiva histórica”, *Revista de administración pública*, 99, 1982., p. 8.

⁴⁰⁶ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971., p. 9.

⁴⁰⁷ STS, Sala Tercera, 20/12/1986 (EDJ 1986/8527 ; MP: Francisco Javier Delgado Barrio) : “cuando se impone el mantenimiento del equilibrio económico del contrato “a tenor de las bases que hubieran servido para su otorgamiento”, el término “bases” no está aludiendo al pliego de condiciones, sino a la teoría de origen civilista de la “base del negocio” que se aplica muy especialmente al supuesto de alteración de las circunstancias. Se entiende aquí por “bases” las representaciones de los interesados al tiempo de la conclusión del contrato sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión. En lo que ahora importa, la desaparición de la base del negocio debe dar lugar a la modificación de los elementos del pliego de condiciones precisamente para hacer viable la continuidad de la prestación del servicio.”

2.2.1. Principio de autonomía de la voluntad o de libertad de pacto

Durante el siglo XIX el liberalismo tanto económico como político logró imponerse como doctrina dominante, siendo la libertad del individuo uno de los grandes pilares sobre los que se asienta. La “visión liberal-individualista” de los Códigos Civiles producidos en la época es fruto de esa realidad⁴⁰⁸. Es por ello que el principio de autonomía de la voluntad queda encumbrado en el Derecho de contratos.

Ocurre así con nuestro Código Civil que expresamente permite todo acuerdo con el único límite de las leyes, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Sin embargo, como señaló FEDERICO DE CASTRO este principio se enfrenta hoy a muchas tensiones, quedando debilitado en favor de intereses comunes que se plasman en las normas⁴⁰⁹. A medida que el Estado aumenta su producción normativa el límite de orden público queda relegado a un segundo plano, siendo mayor la importancia de las leyes como límite a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, el orden público sirvió en su día como freno a las conductas anticompetitivas, mientras que hoy es la ley la que regular el Derecho de la competencia⁴¹⁰.

El incremento del número de normas sectoriales se traduce en mayores limitaciones a la autonomía de las partes. Como recuerda el Tribunal Supremo español, “el principio de autonomía preside la contratación en nuestro Derecho, pero no de modo absoluto, puesto que, no obstante su sentido marcadamente individualista, restringe la libertad de pactos mediante medidas imperativas o prohibitivas”⁴¹¹. En el mismo sentido afirma que el artículo 1255 “limita el ámbito de la autonomía de la voluntad deteniéndolo ante ‘las leyes’ y excluyendo expresamente de la libertad de pactar, aquello que les sea contrario”⁴¹².

Al estudiar los principios de la contratación privada se reflexiona también sobre su adopción

⁴⁰⁸C. LASARTE, *Principios de Derecho civil. Contratos*, cit., vol. tomo III., p. 59; ver también la sección “Apogeo y decadencia de la noción clásica de contrato” en L. Díez-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen II. El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, cit., p. 30 y ss.

⁴⁰⁹ El autor identifica dos corrientes contrapuestas. Por un lado, el neoliberalismo que ansía la vuelta al dogma puro de libertad de pactos (un neoliberalismo que es “la visión económica del mundo, propia de la sociedad opulenta”). Por otro, la corriente que considera que la autonomía de la libertad debe estar limitada por los poderes públicos, los cuales debe velar por la parte más débil. citar F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982.,p. 988.

⁴¹⁰ *Ibid.*,p. 988.

⁴¹¹ STS, Sala Primera, 19/10/1991 (Ar. 7452; MP: Pedro González Poveda).

⁴¹² STS, Sala Primera, 12/06/1985 (Ar. 3621; MP: Cecilio Serena Velloso).

y adaptación a la contratación pública. Posiblemente el factor que produzca una mayor tensión sea el papel de la Ley como fuente de obligaciones. Si en el Derecho civil de los contratos la Ley tiene un papel residual –creciente sí, pero residual- en favor de la autonomía de la voluntad, no ocurre lo mismo en el Derecho Administrativo. Y no porque el principio de autonomía de la voluntad sea irreconocible, sino porque la voluntad de la Administración no puede ser otra que la que le marca la Ley, que es la que deja mayor o menor margen a los órganos administrativos a la hora de interpretar qué satisface el interés general.

En el Derecho Administrativo la situación es más marcada debido a la vinculación positiva de la Administración a la Ley. Cabe preguntarse hasta qué punto la Administración goza de libertad contractual si se niega su autonomía de la voluntad. Así, se afirma que “la Administración no actúa en función de la autonomía de la voluntad, ya que está vinculada por su fin institucional y por la Ley”⁴¹³, pero a la vez la libertad de pactos se consagra en las normas de contratación pública. Pensemos en el artículo 10 LCE que afirmaba que “la Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”⁴¹⁴.

Se plantea así un interesante debate doctrinal acerca de si la Administración disfruta de verdadera libertad contractual.

Hay quienes afirman que existe una identidad entre la libertad contractual privada y pública, al considerar que en ambos casos las reglas y normas de Derecho público modulan dicha libertad. En este sentido, LLORENS considera que “el principio que domina la materia contractual es el mismo tanto en el ámbito de Derecho administrativo como en Derecho privado”⁴¹⁵. Así, la Administración a la hora de contratar sí disfruta de autonomía de la voluntad, siendo ésta expresada por los órganos competentes para ello a través de procedimientos establecidos⁴¹⁶.

⁴¹³ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 10ª, Tecnos, Madrid, 2014., p. 586.

⁴¹⁴ Tras la Ley 5/1973 el artículo añadiría: “La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas en su caso en favor de aquélla”.

⁴¹⁵ F. LLORENS, “Le recours des personnes publiques à la vente en l’état futur d’achèvement: une condamnation partielle”, *CJEG*, 1991.

⁴¹⁶ Es en este sentido como parece haberlo acogido la jurisprudencia francesa, que incluso habla de libertad fundamental. Ver CE 2 février 1983, Union des transports publics, Rec. 33; y el importante Conseil

Otros consideran que sin existir identidad, sí pueden encontrarse paralelismos entre ambos ámbitos jurídicos. Por ejemplo, PÉQUIGNOT consideró que la autonomía de la voluntad en su manifestación de libertad contractual encuentra en el Derecho Administrativo su equivalente: la discrecionalidad⁴¹⁷.

También hay quien niega la existencia de auténtica autonomía de voluntad y libertad contractual. Es el caso de PICARD, quien considera que las Administraciones no gozan de libertad contractual en el sentido de libertad originaria, sino que se trata sólo de poder discrecional para acudir al mecanismo contractual⁴¹⁸. Una postura similar es defendida por SÁNCHEZ MORÓN cuando afirma que no debe confundirse margen de discrecionalidad con autonomía de la voluntad, algo que la Administración no tiene⁴¹⁹. Ésta debe guiarse en su actuación por el principio de legalidad⁴²⁰. En este sentido también MEDINA ALCOZ cuando afirma que la elección del contratista “no es, técnicamente, expresión de libertad contractual, sino de discrecionalidad legalmente orientada y limitada”⁴²¹.

En términos similares, el Consejo de Estado español afirma que “en su actuación contractual, la Administración procede con autonomía negocial –art. 4 LCE-, pero, a diferencia de los entes privados, que con su autonomía ejercitan facultades de disposición de bienes y derechos en interés y beneficio propio, la autonomía contractual administrativa no es ejercicio de libertad sino de discrecionalidad y requiere valorar el interés público que esa contratación ha de servir” y continúa afirmando que mientras que para la autonomía privada los valores éticos de buena fe y abuso del derecho son un límite, para la Administración son un presupuesto de legitimidad de su propia actuación⁴²². Así, se habla de “autonomía

Constitutionnel décision 2006-543de 30 de noviembre de 2006.

⁴¹⁷ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, 1945.p. 189.

⁴¹⁸ E. PICARD, “La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?”, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1998.p. 651: El autor dice que « non seulement les personnes publiques ne bénéficient pas d’un droit fondamental à la liberté contractuelle, mais encore elles ne jouissent même pas à proprement parler d’une liberté contractuelle, ni sur le plan des principes, ni sur le plan pratique. Les personnes publiques ne bénéficient simplement et le cas échéant que du pouvoir plus o moins discrétionnaire d’user du procédé contractuel ».

⁴¹⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., p. 603.

⁴²⁰ Ver STC 141/1993; y STS 28 septiembre 1987.

⁴²¹ L. MEDINA ALCOZ, “Fundamentos político-constitucionales del Derecho Público de los Contratos”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014., p. 53.

⁴²² Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 116.

contractual”⁴²³ como espacio de discrecionalidad en el que puede moverse la Administración.

Aunque en ocasiones se afirma el carácter reglado de la actividad contractual, lo cierto es que el margen de discrecionalidad no es estrecho, y muchas veces la persecución del interés general permite tomar decisiones muy heterogéneas. La ley establece una serie de límites dentro de los cuales se moverá la Administración contratante. A su vez, ésta irá fijando sus propias reglas a medida que avanza el procedimiento de adquisición, en un proceso de autolimitación de su propia discrecionalidad. Así, el margen de discrecionalidad es amplio en la decisión inicial de contratar al realizar un juicio de oportunidad sobre qué se necesita adquirir; es más reducido en la preparación, donde se fija cómo será adquirido; y teóricamente muy reducido en la adjudicación, fase en que deben seguirse las reglas fijadas en los pliegos. Siguiendo esta línea de autolimitación, en la fase de ejecución del contrato la libertad de la Administración debería ser mínima en tanto que debe ceñirse a lo acordado. Sin embargo, en la práctica se observa como en la ejecución del contrato el margen de libertad vuelve a ampliarse, lo que da entrada a fenómenos como la modificación.

Ahora bien, esta autonomía contractual, al menos en España, viene marcada por dos cuestiones. Ambos aspectos impiden que se puedan aprobar o acordar modificaciones sin que exista una causa de interés público detrás⁴²⁴. La primera, es el mandato constitucional del artículo 103.1, que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En este sentido tampoco debe perderse de vista que actuar conforme al ordenamiento no sólo es actuar respetando principios como la igualdad de trato, sino también engloba principios como la eficacia⁴²⁵. La segunda es la importancia que adquiere el principio de buena administración en la actuación de la Administración. Precisamente bajo estos condicionantes hay que interpretar la libertad de pactos que consagra nuestra legislación sobre contratos (art. 25.1 TRLCSP):

⁴²³Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 120, donde se afirma que Las “disposiciones legales y reglamentarias detalladas que se imponen a la actividad contractual de la Administración delimitan severamente el espacio contractual”.

⁴²⁴I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, Madrid, 2015., p. 47 ; esta reflexión se hace al hilo de la posible incompatibilidad con el marco jurídico español del nuevo art. 72.2 de la Directiva 2014/24 que permite la modificación sin exigir causa alguna cuando se trate de una modificación menor.

⁴²⁵ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 122.

Artículo 25.1 Libertad de pactos

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Respecto al contratista, la autonomía de éste se encuentra en aceptar o no el acuerdo⁴²⁶. Ello sin perjuicio de que cada vez se apuesta por mayor peso de la negociación con los candidatos y licitadores, v.g. procedimientos como el diálogo competitivo o la consolidación de otros como el procedimiento negociado.

Es precisamente a través de la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos como, en países en los que el Derecho privado preside la contratación pública, se han introducido cláusulas que confieren derechos equiparables a nuestras potestades. De esta manera, por vía convencional se produce una equiparación entre tradiciones jurídicas⁴²⁷.

2.2.2. La vinculación al contenido contractual: *pacta sunt servanda*

En la contratación, las partes intervinientes tienen un gran margen de discreción a la hora de negociar y de llegar a acuerdos. Sin embargo, una vez alcanzado un acuerdo válido entre las voluntades que intervienen, la libertad de actuación se ve constreñida a lo acordado. Es decir, “alcanzado el acuerdo desaparece la elasticidad, y las obligaciones deben ser cumplidas”⁴²⁸. Este fenómeno es lo que conocemos por vinculación al contenido contractual u obligatoriedad del contrato, que se resume en el conocido brocardo latino “*pacta sunt servanda*”: lo pactado obliga.

El Código Civil español en su artículo 1091 CC recoge el principio de obligatoriedad del contrato, esto es, que las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes siempre, claro está, que se trate de un contrato en el que concurren las condiciones esenciales para su validez (artículo 1278 CC). El Tribunal Supremo español ha reiterado constantemente la importancia del *pacta sunt servanda*, su relación con el principio de autonomía de la voluntad, y su naturaleza de principio fundamental en el sistema

⁴²⁶ Se establece un juego similar a los contratos de adhesión.

⁴²⁷ M. E. COMBA, “Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013.; J.-B. AUBY, “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, cit.

⁴²⁸ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit., p. 114.

contractual⁴²⁹. El fundamento de la obligatoriedad nace directamente del consentimiento e indirectamente de la autonomía de la voluntad⁴³⁰. Ello convierte al contrato en la ley que regirá la relación entre aquéllas (*lex contractus o lex privata*).

Es interesante el matiz que introduce CASTIÑEIRA JEREZ cuando afirma que el principio de *pacta sunt servanda* tiene una vertiente positiva y otra negativa. La positiva se refiere a que los pactos que no contradigan los límites de la autonomía de la voluntad deben ser cumplidos. La negativa, por su parte, considera que aquello que no ha sido previsto por las partes y que no esté regulado legalmente no debe tener incidencia en la relación contractual⁴³¹.

El principio de obligatoriedad se completa con el artículo 1258 CC que establece que las partes se obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Así, el Tribunal Supremo ha establecido que el hecho de que los contratos obliguen a todas sus consecuencias no es más que “una llamada a la lógica exigible en el comportamiento humano y extendiendo la responsabilidad contractual no sólo al texto literal de lo convenio, sino también a sus derivaciones, que tienen sus referencias objetivas en la buena fe, el uso y la Ley, y esta buena fe a que se refiere este precepto (...) no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el art. 7.º del propio Código Civil, que consagra como norma el Principio General de Derecho de ese nombre, informador del total ordenamiento jurídico...”⁴³². Como consecuencia de esta perspectiva del principio de obligatoriedad se “convierte en absolutamente excepcional el error como causa invalidatoria” y se “margina la rescisión por lesión”⁴³³.

Sin embargo, la doctrina no siempre ha asumido la conveniencia del rigorismo del principio de obligatoriedad. Así, FEDERICO DE CASTRO considera que existe una tensión entre el

⁴²⁹ STS, Sala Primera, 13/11/2013 (Ar.7821; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) citando otras muchas.

⁴³⁰ STS, Sala Primera, 19/10/1991 (Ar. 7452; MP: Pedro González Poveda), FJ 2º.

⁴³¹ J. CASTIÑEIRA JEREZ, “Pacta Sunt Servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 29, 2012., p. 3.

⁴³² STS, Sala Primera, 20/02/1988 (Ar. 1072; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes), FJ 2º.

⁴³³ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit.p. 122; respecto a la rescisión, ver R. ÁLVAREZ VIGARAY; R. DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español común y foral*, Comares, Granada, 1989.

respeto a la palabra dada y la justicia conmutativa. Ésta siempre ha existido aunque "las fuerzas del liberalismo y la moda del positivismo jurídico hayan ocultado el aspecto ético de la contratación"⁴³⁴.

En el Derecho Administrativo también rige el principio de obligatoriedad del contrato, esto es, que lo acordado vincula a las partes. Como señala la reciente STS 28 enero 2015 (rec.449/2012) en uno de los muchos fallos relacionados con las concesiones de autopistas: "...el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código Civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011"⁴³⁵.

Y lo hace desde sus mismos orígenes. Así, la jurisprudencia administrativa afirma que "es un axioma jurídico nunca discutido que los contratos son ley para las partes..." y que "la observancia estricta de las cláusulas aceptadas es lo que constituye la regla general en la vida del contrato y su perfecta ejecución y normalidad"⁴³⁶. Es en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 cuando se consagra en una norma legal el axioma de que el Pliego es la ley del contrato y documento vinculante para ambas partes⁴³⁷. Hasta entonces se recoge expresamente que el contratista debe cumplir lo establecido, pero nada se dice de la fuerza vinculante de pliegos o contrato para ambas partes –algo que sí se decía en la jurisprudencia.

La Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 afirma que "el contrato se reivindica como la pieza maestra del sistema (...) La seriedad de los compromisos, el estricto cumplimiento de las cláusulas que voluntariamente son aceptadas por el empresario y las contraprestaciones que vinculan a la Administración son axiomas que se consagrarán como inviolables, de modo que los derechos de ambas partes se

⁴³⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad", cit., p. 1063.

⁴³⁵ STS, Sala Tercera, 28/01/2015 (Ar. 2072; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

⁴³⁶ En STS 12 marzo 1953 dice que es axioma también para Admin. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., vol. vol. II.

⁴³⁷ Artículo 21.2 RCCL.

equilibren sin temor a actuaciones ajenas a lo convenido, con todas las salvedades y excepciones de que es acreedor el interés público”⁴³⁸.

Hoy tanto la jurisprudencia como la ley afirman que los pliegos son la “ley del contrato”⁴³⁹. En el art. 22 TRLCSP se ha incorporado un mandato a los entes adjudicadores, que “velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública”. Asimismo, en el art. 209 TRLCSP que consagra la vinculación al contenido contractual en los contratos administrativos, se señala que los contratos “deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”. Y dichas cláusulas deben reflejar directamente lo establecido en los pliegos y otros documentos de la licitación, ya que los pliegos se consideran *ex lege* parte integrante de los contratos (art. 115.3 TRLCSP). El contrato firmado por las partes no puede apartarse de lo establecido en los pliegos, tal y como señala el art. 26.2 TRLCSP:

2. El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.

Del principio *pacta sunt servanda* se deriva, como ya sabemos, la invariabilidad del contrato, un principio que es plenamente aplicable en la contratación pública. Ocurre, sin embargo, que la Administración en ocasiones necesita alterar el contrato para perseguir con firmeza la satisfacción del interés público. Se dice en ocasiones que los contratos de la Administración están “impregnados de una idea esencialmente finalista (...); se trata ante todo de construir la obra pública que demanda el interés general, o de prestar el servicio en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas”⁴⁴⁰. Como señaló el Consejo de Estado español, “la Administración no está vinculada al cumplimiento de un contrato cuyo contenido ha quedado inútil o sea pernicioso y contraproducente con la razón de servicio público”⁴⁴¹.

⁴³⁸ Exposición de Motivos de la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado; la propia Exposición afirma que no se trata de una ruptura con el sistema tradicional sino de moldear lo que la práctica y la doctrina administrativa había aceptado como deseable.

⁴³⁹ Así se pronuncia, en España, el Tribunal Supremo, 23 junio de 2003, o 18 mayo 2004; antes la STS 21 diciembre de 1988 (ar. 10220).

⁴⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 4º ed., p. 671.

⁴⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado, de 18 de abril de 1952 (núm.9100).

Ahora bien, las excepciones a la inalterabilidad del contrato deben interpretarse estrictamente. Como señala el Tribunal Supremo, “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones admitidas que son, eso, excepciones a un régimen general de mantenimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes Pliegos, y que en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque hayan sido inicialmente previstas o porque ocasionen una ruptura del equilibrio financiero claramente acreditada o porque resulte evidentemente producida por la supervivencia de hechos que alteren dicho equilibrio”⁴⁴²

En definitiva, es el interés público que debe satisfacer la Administración el que empuja a que la vinculación al contenido contractual y la inmutabilidad cedan, albergando figuras como la modificación unilateral o el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Como señala HOEPFFNER, “el inmovilismo contractual es irreconciliable con la función propia del contrato administrativo, que no es otra que la de asegurar la buena marcha de la Administración y del servicio público”⁴⁴³.

Aquí lo importante no es el contrato, sino la actividad que se lleva a cabo a través de éste. El contrato es un instrumento que se puede modificar e incluso extinguir si con ello se satisface el interés general. Surgen así dos principios con efectos similares: el principio de continuidad de la actividad y el de la mutabilidad del contrato. Ambos encuentran su fundamento en la idea de la relegación de la inmutabilidad contractual en favor de la inmutabilidad del fin que se persigue con el contrato: el interés público⁴⁴⁴.

El principio de continuidad supone, por ejemplo, que el contratista no pueda interrumpir la ejecución del contrato, ni siquiera con demora del pago. Pero a su vez es un argumento habitual a la hora de restablecer el equilibrio económico del contrato, sea a través de la modificación del contrato o de la concesión de prórrogas – tanto que según ARIÑO, sin llegar a producirse una quiebra del sistema de tiempo cierto, sí se flexibiliza el elemento temporal en el contrato administrativo⁴⁴⁵.

⁴⁴² STS 3 mayo 2001. En el mismo sentido el Dictamen CE 514/06 de 25 mayo (de anteproyecto de LCSP), y anteriores 79/93; 1254/93; 2582/95.

⁴⁴³ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Lextenso, Paris, 2009.p. 3.

⁴⁴⁴ Así, G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit.p. 225.

⁴⁴⁵ *Ibid.*p. 233.

Por ejemplo, la modificación de un contrato de limpieza viaria y recogida de residuos, llevada a cabo mediante el ejercicio de la *potestas variandi*. Dichos cambios se debieron a reformas en la legislación autonómica de recogida de residuos, ampliar el alcance de los servicios, mejorarlos y modernizarlos a través de su mecanización. El Tribunal Supremo señaló que era el Ayuntamiento el que debía decidir sobre su oportunidad, y que no debe perderse de vista que para la toma de esa decisión debía tener en cuenta el principio de continuidad del vínculo concesional⁴⁴⁶.

La continuidad del servicio se traduce, por tanto, en la mutabilidad del contrato, esto es, su modificación para adaptarlo a lo que en cada momento requiere el interés público. Esta mutabilidad sigue siendo hoy la característica esencial de la ejecución de los contratos administrativos⁴⁴⁷. Así, el principio de invariabilidad del contrato cede, pero no quiebra completamente: el Tribunal Supremo español ha consagrado la mutabilidad del contrato administrativo en virtud de esa máxima tantas veces repetida de que inmutabilidad del fin (interés general) provoca la mutabilidad del contrato⁴⁴⁸. En el siguiente pronunciamiento se describe este concepto:

Junto a los principios de intangibilidad, o de sujeción de las partes a lo pactado, y de riesgo y ventura del contratista (artículo 277 TRLCSP y concordantes), que existe en los contratos administrativos, se aprecia también una fuerte vinculación entre su objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos que, en ocasiones, determina la mutabilidad del contrato perfeccionado, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo previamente acordado, acabe afectando a la realización de los intereses públicos que se persiguen con la celebración del contrato⁴⁴⁹

Pero si es cierto que en los contratos públicos la inmutabilidad del contrato se convierte en inmutabilidad del fin, no menos cierto que ello se compensa con “una especial tutela (...) del equilibrio contractual, mucho más intensa que la que asegura el Derecho privado”⁴⁵⁰. Ello provoca que tengan mayor acogida determinadas teorías que en Derecho civil se observan – teóricamente- como algo extraordinario. Es el caso, por ejemplo, de la cláusula *rebus sic stantibus* que enseguida estudiaremos.

⁴⁴⁶ STS, Sala Tercera, 04/05/2005 (EJ. 71616; MP: Antonio Martí García).

⁴⁴⁷ Así DE LABAUDERE; F. MODERNE; DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983., t. I, p. 694.

⁴⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 6ª, Civitas, 1993., p. 671.

⁴⁴⁹ SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, núm. 280/2015, de 28 de abril de 2015 (Ar. 192625; MP: Quintana Carretero).

⁴⁵⁰ Consejo de Estado Memoria del año 2004, p. 128.

Ahora bien, estos principios de continuidad del servicio y mutabilidad habrá que ponderarlos con otros principios de la contratación. En este sentido observa AGUDO GONZÁLEZ, la legislación reacciona frente a los efectos del principio de continuidad, modulando su prevalencia “a favor de otros principios como los de igualdad de trato y transparencia, esto es, a favor del fomento de la libre concurrencia a la terminación del plazo concesional”⁴⁵¹.

Una vez queda claro que el contenido del contrato obliga a las partes, y que ello se matiza en el Derecho Administrativo, es momento de conocer qué se entiende por contenido contractual. El Código Civil español considera que no puede existir contrato sin objeto cierto (art. 1261 CC), previsión que completa al exigir que el objeto sea “determinado, lícito y posible” (art. 1273 CC). Interesa ahora reflexionar acerca de la idea de objeto cierto y objeto determinado.

La primera precisión que debe hacerse es que la determinación del objeto se refiere a su especie. Así, el objeto puede ser indeterminado siempre que se establezcan los mecanismos para determinarlo de tal manera que no se requiera nuevo acuerdo entre las partes (artículo 1273 CC) ni se deje unilateralmente a voluntad de una de las partes. Es decir, que “su concreción se realice con criterios de determinabilidad que operen dicho resultado siempre conforme a los pactos establecidos por las partes”⁴⁵².

En el Derecho de los contratos públicos, el contenido del contrato debe figurar ya en los pliegos de cláusulas, completados o sustituidos por un proyecto de obras o un documento descriptivo de colaboración público privada. Como señala el artículo 115.2 TRLCSP:

“2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”⁴⁵³.

⁴⁵¹ J. AGUDO GONZÁLEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, cit., p. 3.

⁴⁵² STS, Sala Primera, 22/07/2013 (Ar. 1007; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) citando a la STS 11 de abril de 2013 (Ar. 3490). Se trata de un caso donde se exponen el concepto de precio alzado o a forfait.

⁴⁵³ En este sentido también el Informe 71/1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 11 de abril de 2000.

Entre el contenido de los pliegos está, como no puede ser de otra forma, el objeto y el precio del contrato. De esa manera, el principio de objeto determinado y cierto se manifiesta en el Derecho administrativo, donde se exige objeto determinado (artículo 86.1 TRLCSP) y precio cierto, sea dinerario o mediante otra contraprestación (artículo 87.1 TRLCSP)⁴⁵⁴. Como señala MUÑOZ MACHADO, “el punto de partida en la contratación administrativa es la perfecta delimitación de las obligaciones de las partes”⁴⁵⁵.

Pero es que además, el principio civil del objeto determinado se refuerza en el Derecho administrativo, donde se exige también que sea objeto necesario para el interés general, y que el objeto del contrato sea completo. El artículo 22.1 TRLCSP señala que “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”. Por su parte, el artículo 109 TRLCSP señala que el objeto debe ser completo, en la medida en que el expediente de contratación debe referirse a la totalidad del objeto del contrato. De ello se deriva que el contrato no puede fraccionarse salvo cuando expresamente se admita. No obstante, la prohibición de fraccionamiento no impide su división en lotes (artículo 86.2 TRLCSP), división que con el ánimo de favorecer a las pymes es ahora impuesta por la Directiva 2014/24/UE (“divide o justifica”).

Como manifestación del principio civil del objeto cierto, la contratación pública adopta también el principio de precio cierto. Para ello se establecen criterios que sirvan para valorar el objeto del contrato y poder así fijar un precio (artículo 88 TRLCSP). El principio de precio cierto no quiebra por no encontrarse este perfectamente establecido, siendo la certitud sólo “predicable de los elementos en que se descompone el precio y su pago”⁴⁵⁶. Por ejemplo, pueden introducirse cláusulas de revisión de precios sin que ello suponga incumplir el principio de precio cierto. En este sentido, “como ya adelantó el Consejo de Estado antes de que el legislador introdujera el actual artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público,

⁴⁵⁴ I. GALLEGO CÓRCOLES, “El precio de los contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 74, abril, 2008.

⁴⁵⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2006., vol. IV., p. 397.

⁴⁵⁶ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Revisión de precios”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004., p. 661.

si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, como por otra parte exige el actual artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y exigía antes el ya derogado artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias” (dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993). Así el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso⁴⁵⁷. Hoy la Ley en su artículo 26.1 TRLCSP establece que en el contrato debe establecerse “El precio cierto, o el modo de determinarlo”.

Puede ocurrir, sin embargo, que se desconozca el precio total, en cuyo caso deberá acudir a la figura del precio máximo estimado, como ocurre en el caso de los acuerdos marco⁴⁵⁸.

Por tanto, objeto y precio ciertos son una exigencia que cobra gran importancia en la contratación pública. Y es que no podría ser de otra manera. Un contrato cuyo objeto no estuviese definido de forma cierta y precisa podría ser contrario a los principios que rigen la contratación en la medida en que impediría a los operadores económicos concurrir a la licitación en condiciones de igualdad, y formular en consecuencia sus ofertas⁴⁵⁹.

2.2.3. Principio de relatividad de los contratos

El principio de relatividad del contrato significa que el contrato sólo liga a las partes que lo celebran. Este principio de relatividad, conocido en el mundo anglosajón como “privity of contract,” está recogido en el Código Civil español, que en el artículo 1257 CC establece que,

Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; (...) Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.

En virtud de este principio, “la eficacia del contrato como categoría (...) no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un

⁴⁵⁷ Informe 52/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 26 de febrero de 2010.

⁴⁵⁸ T. MOREO MARROIG, *Manual para la utilización de los acuerdos marcos y figuras relacionadas*, Aranzadi, Madrid, 2014.

⁴⁵⁹ STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9809).

alcance limitado a las partes contratantes”⁴⁶⁰. Ahora bien, el principio queda matizado por la jurisprudencia, que ha entendido que los contratos no son unidades absolutamente estancas y pueden tener eficacia indirecta respecto de terceros⁴⁶¹.

En el caso de la contratación pública, GARCIA DE ENTERRÍA señaló que sí se afecta a terceros, pero de manera *ex lege* y no *ex contractu* ya que en muchos casos se deriva de ley o reglamento (tarifas, actividad de policía, inembargabilidad)⁴⁶².

La aplicación del principio de relatividad puede generar tensiones con la acepción de interesado en un recurso en materia contractual, ya que la adjudicación y ahora la modificación son susceptibles de ser impugnados por terceros que demuestren un interés legítimo en la materia. A ello nos referiremos más adelante al estudiar la legitimación.

2.2.4. Principio de conservación de los contratos

Aun siendo una afirmación obvia, se debe empezar el discurso señalando que, ante unas circunstancias sobrevenidas y realmente insoportables por el contratista, sólo hay dos opciones: o la prestación deviene imposible y se rescinde el contrato, o se alteran las condiciones iniciales y se pactan nuevas condiciones que posibiliten llevar a buen puerto la relación contractual.

En el Derecho privado la autonomía de la voluntad jugó un papel fundamental a la hora de dar respuesta a esas cuestiones. En efecto, el voluntarismo jurídico típico del pensamiento liberal gozó de una influencia decisiva en la formación del contrato. Como vimos, en el siglo XIX se asientan principios como la autonomía de las partes o la fuerza vinculante del contrato, consagrándose una figura donde lo más importante será la seguridad del tráfico jurídico, quedando en un segundo plano determinadas consideraciones otrora fundamentales como la buena fe, la equivalencia objetiva de las prestaciones o la extensiva aplicación de la lesión al contrato⁴⁶³.

Entre los principios que se consagran surge el de conservación del contrato, encaminado a

⁴⁶⁰C. LASARTE, *Principios de Derecho civil. Contratos*, cit., vol. tomo III., p. 126.

⁴⁶¹ STS, Sala Tercera, 29 diciembre 1998.

⁴⁶² E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit.

⁴⁶³ Lesión que hoy ya no es causa general de rescisión según el artículo 1293 del Código Civil.

proteger al máximo la voluntad inicial de las partes (*favor negotii*). Se trata de un principio que el Tribunal Supremo español ha considerado “no sólo como criterio interpretativo, sino también como principio general del derecho”⁴⁶⁴. La adopción de este principio tiene algunas consecuencias interesantes con respecto al principio general de conservación del negocio, “que se traduce en el mantenimiento de éste por respeto a la voluntad contractual”⁴⁶⁵. Es decir, que la resolución del contrato resulta un “remedio excepcional”⁴⁶⁶, en el que habrá que estar atento al posible carácter abusivo o contrario a la buena fe de quien la pretende. Por ejemplo, en virtud del principio de conservación del contrato se exige que un incumplimiento sea esencial para poder dar lugar a la resolución del contrato. O también, por ello que el artículo 1284 CC proyecta una visión finalista de los contratos, y considera que si una cláusula admite varios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos⁴⁶⁷.

También entre las consecuencias de dicho principio se encuentra el que se haya optado por considerar que, salvo acuerdo expreso en contrario, la novación como un instituto modificativo en vez de extintivo. Más adelante se ahondará en el instituto novatorio.

En el mismo sentido, quién promueve la resolución del contrato debe haber cumplido primero con sus obligaciones. Es la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, figura que supone la resolución unilateral cuando una de las partes incumple sus obligaciones⁴⁶⁸. Está reconocida en el artículo 1124 CC, que considera implícita la facultad de resolver “para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. Ahora bien, la aplicación de dicha cláusula se somete a varias condiciones: 1) que el reclamante haya cumplido su obligación; 2) que la otra parte no haya cumplido, sin ser necesaria la existencia de ánimo deliberado de incumplimiento; 3) que se trate de un incumplimiento grave o esencial dentro del marco contractual; 4) que la obligación incumplida sea exigible; 5) que quién reclame lo haga de buena fe. Como señala LASARTE, las circunstancias fácticas que conducen al

⁴⁶⁴ STS, Sala Primera, 03/11/2014 (EDJ. 188246; MP: Francisco Marín Castán) citando jurisprudencia anterior y enmarcada dentro de los muchos casos existentes sobre compraventa de inmuebles y la toma en consideración del plazo como elemento esencial.

⁴⁶⁵ STS, Sala Primera, 25/01/1991 (Ar.319; MP: Teófilo Ortega Torres), citando sentencias anteriores.

⁴⁶⁶ STS, Sala Primera, 19/12/2014 (EDJ. 225847; MP: Eduardo Baena Ruiz).

⁴⁶⁷ STS, Sala Primera, 04/04/2012; rec. 1043/2009.

⁴⁶⁸ Figura que ha sido estudiada en el campo del Derecho Administrativo por : F. SÁINZ MORENO, “La «exceptio non adimpleti contractus» en la contratación administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 16, enero-marzo, 1978.

incumplimiento, sea imputable al incumplidor o no, sólo son relevantes para determinar la indemnización, pero no para resolver el contrato⁴⁶⁹.

2.3. Régimen de ejecución de los contratos públicos: potestades y principios

La contratación pública se caracteriza por ser una contratación regulada, es decir, que existen normas que limitan la libertad a la hora de seleccionar a la parte contratante, al establecer el conjunto de derechos y obligaciones, y al ejecutar el contrato. La importancia económica, social y política de la contratación pública conduce inexorablemente a la aprobación de un sistema de normas que sirva para su regulación incluso en países reticentes a ello, como el caso de Reino Unido.

Cada sistema de contratación se configura en torno a unos objetivos. Estos objetivos pueden ser distintos en cada legislación, y entre legislaciones nacionales e internacionales, sin que exista un sistema preferible a otro⁴⁷⁰. No será lo mismo estudiar un sistema de contratación internacional cuyo objetivo suele ser abrir los mercados nacionales a la competencia⁴⁷¹, que estudiar un sistema nacional, donde los objetivos son variados. SCHOONER en su *Derisderata* considera que los sistemas nacionales de contratación suelen perseguir uno o varios de los siguientes objetivos: garantizar la concurrencia, la integridad de los agentes⁴⁷², la transparencia, la eficiencia, la satisfacción del ente público como consumidor, la consecución de buenos acuerdos, la distribución de riqueza⁴⁷³, la reducción de riesgos, y la uniformidad en la compra⁴⁷⁴. A ello podríamos sumar, si no los consideramos subsumidos en los anteriores, la voluntad de aumentar la participación de los administrados, el lograr objetivos paralelos a través de la compra pública, como los medioambientales o sociales⁴⁷⁵,

⁴⁶⁹C. LASARTE, *Principios de Derecho civil. Contratos*, cit., vol. tomo III., p. 162.

⁴⁷⁰ TREPTE, P., *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p.48: "Procurement systems are not to be analyzed or criticized by reference to some universally acceptable and perfect procurement law; they are to be analysed in their context".

⁴⁷¹ Sobre los objetivos del sistema europeo: S. ARROWSMITH, "The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies", cit.

⁴⁷² "Eficiencia e integridad deberían ser objetivos primarios de todo sistema de contratación" en G. M. RACCA; R. CAVALLO PERIN, "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption", cit., p. 279.

⁴⁷³ Pensemos en la utilización de los contratos con fines sociales; C. MCCRUDDEN, *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁴⁷⁴ S. L. SCHOONER, "Desiderata: objectives for a system of government contract law", cit.

⁴⁷⁵ S. ARROWSMITH; P. F. KUNZLIK (EDS.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

o el aumentar el control de la actividad administrativa⁴⁷⁶. Por ejemplo, DEKEL considera que en Estados Unidos el sistema de contratación se persigue los siguientes principios ordenados jerárquicamente: preservar la integridad, lograr una contratación eficiente, y proporcionar igualdad de oportunidades para contratar con la Administración⁴⁷⁷. Para SCHOONER en cambio el sistema norteamericano se sostiene sobre tres pilares que son la transparencia, la integridad y la competencia⁴⁷⁸. En todo caso, el conjunto de objetivos se debe tener en cuenta al estudiar cualquier aspecto del sistema por específico que éste sea.

Ahora bien, una cosa son los objetivos y otra los medios para alcanzarlos. Los objetivos deberán lograrse a través de determinados instrumentos. Estos medios o instrumentos son las normas del sistema, ya se trate de reglas o principios⁴⁷⁹. La adopción de dicho marco normativo se produce en todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno. La diferencia está en la intensidad de estos sistemas de normas. Tradicionalmente se ha asumido que países en la esfera del *common law* permitían a los poderes públicos contratar siguiendo normas de Derecho privado, lo cual les otorgaba una gran discrecionalidad, excepción hecha de Estados Unidos. Sin embargo, países como España o Francia disponen de sistemas de contratación mucho más densos normativamente, lo cual implica que los poderes públicos no operan como los particulares, sino que están sujetos a normas que limitan su discrecionalidad.

En lo que coinciden todos los sistemas es en la atención que prestan a la fase precontractual, especialmente a la adjudicación del contrato. En términos generales los sistemas de contratación se han centrado en la adjudicación y no tanto en la fase preparatoria y en la ejecución⁴⁸⁰. No es raro ver obras en las que se afirma que la preparación y adjudicación

⁴⁷⁶ P. TREPTE, “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Public Procurement: Possibilities and Limitations”, *OECD Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*, 2005.

⁴⁷⁷ O. DEKEL, “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 37, 2008., p. 258.

⁴⁷⁸ S. L. SCHOONER, “Desiderata: objectives for a system of government contract law”, cit.

⁴⁷⁹ La mayoría de los sistemas se apoyan en reglas de cuya integración se encargan principios generales. Ahora bien, se ha llegado a proponer el establecer sistemas sólo basados en principios: así lo hizo HAAGSMA en la Conferencia “Public procurement in the EU and EEA: current issues” de la Universidad de Bergen en mayo de 1995. Visto en .L. W. GORMLEY (ED.), *Gordian Knots in European public procurement law: government procurement agreement, standards, utilities, remedies = Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht: das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Standards, Sektoren, Rechtsmittel*, Bundesanzeiger, Köln, 1997., p. 84 (nota al pie número 7).

El debate hoy no es tanto el de suprimir las reglas o no, que se consideran indispensables, sino el de qué grado de discrecionalidad deben ofrecer dichas normas al órgano de contratación.

⁴⁸⁰ Curiosamente las dos fases que el Consejo de Estado español califica de “pilares fundamentales”; en Memoria del Consejo de Estado del año 1992, p. 176.

sigue siendo hoy “el núcleo principal del Derecho administrativo de la contratación”⁴⁸¹.

Sin embargo, la importancia de la ejecución del contrato es enorme, tanto práctica como dogmática. Dogmáticamente, porque ha sido el campo de batalla en el que se ha discutido la naturaleza del contrato público. En la práctica, porque en cada adjudicación se pone en marcha un procedimiento que supone una gran cantidad de esfuerzo, tiempo y recursos tanto para el licitador como para el adjudicador. Ese esfuerzo, ese procedimiento, es el cauce a través del cual la Administración forma su voluntad. Se trata de un procedimiento más o menos complejo encaminado a garantizar que se alcanza una solución que satisface el interés general. ¿Qué sentido tiene crear un sistema de normas para adjudicar el contrato si después éstas son fácilmente vulneradas durante la fase de ejecución? Como señalan RACCA y CAVALLO, todo este sistema normativo parece desvanecerse en el agujero negro que es la fase de ejecución, y con ello la obtención de algunas ventajas por las que se lleva a cabo un procedimiento competitivo, como el *value for money*⁴⁸².

Así pues, desatender esta fase puede traer consecuencias tanto en el plano de la distorsión de la adjudicación (reglas de ejecución como mero instrumento), o en el plano de la propia ejecución, al impedir que ésta se realice correctamente (reglas de ejecución con fin propio)⁴⁸³.

La Unión Europea es un claro ejemplo de las reglas de ejecución como instrumento. La atención ha estado tradicionalmente puesta en la fase de adjudicación del contrato: su diseño, la selección y evaluación de los licitadores y la forma de adjudicar el contrato.

Además de las normas que pretenden la protección de la licitación también hay un conjunto de normas en el seno de la fase de ejecución encaminadas a la protección del fin último de todo contrato público: el interés público. No en vano, es en esta fase cuando mejor se observa la injerencia del interés público en la contratación pública. Como dice MEDINA ALCOZ,

⁴⁸¹M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., p. 587; el mismo autor, algunas páginas más adelante define la adjudicación como “aspecto central de la legislación sobre contratación pública” (p. 615).

⁴⁸² G. M. RACCA; R. CAVALLO PERIN, “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, cit., p. 293; añaden que La falta de transparencia permite que incompetencia y corrupción campen a sus anchas y debiliten al sistema.

⁴⁸³ Dice MONEDERO GIL sobre el procedimiento de contratación que : “No nos hallamos, en fin, ante un procedimiento administrativo neutral y pasivo, sólo preocupado del régimen y los trámites del negocio para una mejor garantía de los fondos públicos involucrados, sino que además de todo ello, se preocupa de buscar el éxito intrínseco de la prestación subyacente”. Cfr. J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato de Estado*, cit., p.60.

las normas de adjudicación representan la necesidad de controlar al poder en la toma de decisiones, mientras que las normas en la fase de ejecución pretenden un impulso a la obtención de los servicios y bienes contratados⁴⁸⁴.

Aquellos países que más atención prestan a la ejecución del contrato son precisamente en los que las potestades juegan un papel central en la contratación pública⁴⁸⁵, y ello en la medida en que la existencia de éstas obligaba a una regulación más detallada. Así, se afirma que “sobre la base de las reglas de ejecución del contrato se ha construido la categoría de contrato administrativo”⁴⁸⁶ o que “la existencia de una regulación propia para la ejecución de los contratos administrativos constituye el verdadero signo característico de éstos”⁴⁸⁷. Es el caso de países como España o Francia. En España, por ejemplo, la ejecución del contrato encuentra sus primeras regulaciones en el siglo XIX, y su consolidación a mitad del siglo XX, con el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1954 y la posterior Ley de Contratos del estado de 1965. La Exposición de Motivos de la Ley de bases de Contratos del Estado de 1963 observa que la legislación anterior había relegado la regulación de los efectos del contrato a los pliegos de condiciones⁴⁸⁸.

Sin entrar ahora en el debate acerca de la naturaleza del contrato administrativo, sí hay que reconocer que éste viene marcado por la existencia de prerrogativas en la relación contractual. Resulta obvio que lo que diferencia a los negocios jurídicos entre particulares de aquellos en que interviene la Administración es la posibilidad que tiene una de las partes de ejercitar poderes fuera de la órbita del Derecho común, de hacer uso de prerrogativas atribuidas *ex lege* y no *ex contractu* para satisfacer el interés público, siendo el mecanismo

⁴⁸⁴ MEDINA ALCOZ, Fundamentos..., op. cit p. 73; considera el autor que la función social o distributiva del Derecho público de la contratación es inmediatamente perceptible y más acentuada en las normas relativas a la ejecución”.

⁴⁸⁵ Como dice GARRIDO FALLA, “Por definición, el Derecho Administrativo justifica su especialidad cabalmente en un sistema de medidas para asegurar el interés público o, si se quiere (utilizando la terminología de una etapa que comienza a estar superada), el funcionamiento de los servicios públicos” cfr.F. GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961., p. 69.

⁴⁸⁶ S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.p. 29.

⁴⁸⁷ J. SUAY RINCÓN, “La ejecución del contrato administrativo. la cesión del contrato y la subcontratación”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004.p. 473.

⁴⁸⁸ A partir de ese momento será la Ley el instrumento encargado de regular “aquellos efectos sustanciales, dejando para los pliegos de condiciones las cláusulas complementarias, las específicas de cada obra y las que, por libre iniciativa de la Administración se acuerde incluir”.

que tiene la Administración de ejercitar esos poderes la declaración unilateral y ejecutoria.

El fundamento para ello no es otro que la defensa del interés público. En palabras de MONEDERO GIL, “el interés público mitificado propicia actos de imperio o autoridad y no admite la limitación o servidumbre que para un ente administrativo signifique todo contrato”⁴⁸⁹. PARADA, en su Tesis doctoral, y hoy obra clásica, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, considera que en el ámbito contractual el RD de 1852 ya contenía normas que otorgaban superioridad a la Administración, incorporándose así al Derecho español, en forma de prerrogativa, la teoría del Ministro-Juez propia del Derecho francés⁴⁹⁰. Ello se hizo de manera restrictiva, admitiendo la acción unilateral de la Administración si se producía el incumplimiento del contratista. Entonces, la contratación de la Administración parecía todavía compatible con el modelo de Derecho común. Sin embargo, cuando la jurisprudencia comenzó a aceptar la existencia implícita de estas prerrogativas, sin necesidad de estar incorporadas al pliego, será cuando se comience a discutir sobre la existencia de un contrato administrativo sustancialmente distinto al contrato civil”⁴⁹¹.

El maestro POSADA en sus *Lecciones de Administración* de 1843 afirmaba que la Administración en ocasiones “obra independientemente, resolviendo por sí ciertos puntos de interés general del país, y que en lo relativo a los ramos que son de sus atribuciones, decidía también sobre toda oposición que el interés particular pudiera hacer a las disposiciones dirigidas en interés común”, llamando a estas últimas “decisiones de negocios contencioso-administrativos”⁴⁹². Es decir, la Administración toma la decisión y decide sobre la oposición a ésta.

Aplicando estos conceptos a la contratación pública, COLMEIRO señaló que toda concesión de una obra pública a un particular supone delegar a su favor una facultad propia de la Administración: “le confía la satisfacción de una necesidad común y el desempeño de un

⁴⁸⁹J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato de Estado*, cit., p. 93.

⁴⁹⁰J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit., p. 171.

⁴⁹¹ Me remito a la obra de PARADA, donde hay numerosos ejemplos de lo afirmado. Cfr. J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit , p. 181 y ss.

⁴⁹² J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, vol. tomo III, Madrid, 1843., p. 149; el autor incluso afirma que es en el ramo de caminos donde con más frecuencia ocurren estas cuestiones. Hasta 1842 decidía sobre ellos el Tribunal especial de caminos, pero desde entonces los asuntos son estudiados por los tribunales ordinarios.

servicio administrativo, por lo cual es justo que el Gobierno vele sobre el cumplimiento del contrato e imponga su ley”⁴⁹³. Por su parte, DELGADO Y MARTÍN y ARRIAGA consideran que la ejecutividad emana de dos fuentes diversas. Por un lado, del propio contrato, al estar estipuladas las obligaciones y responsabilidades, que son la ley entre las partes. De otro, porque la Administración es un poder con medios propios para realizar y cumplir sus decisiones⁴⁹⁴. Y años más tarde, en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando afirman que el “privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad (...) no resulta del contrato, sino de la posición general de la Administración”⁴⁹⁵.

La atribución de ciertos poderes exorbitantes a la Administración se produce precisamente en la fase de ejecución del contrato. No es casualidad que la primera norma en ordenar de manera sistemática las potestades administrativas en materia de contratación en España fuese también la que regulase con algo de detalle la ejecución del contrato. En efecto, la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado critica que la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 remitía en bloque la definición del Estado en la esfera obligacional al Derecho privado, “que tan difícilmente proporciona soluciones adaptables al ambiente de los negocios públicos”⁴⁹⁶.

Hoy el artículo 210 TRLCSP consagra las potestades de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Pero además, debe también considerarse las siguientes: la potestad de dictar instrucciones⁴⁹⁷, de ejercer la vigilancia y control de los trabajos⁴⁹⁸, la potestad tarifaria⁴⁹⁹, la intervención del servicio

⁴⁹³ M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, vol. t. II, 3ª ed., Madrid, 1865.,p. 56.

⁴⁹⁴E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 166.

⁴⁹⁵E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 635.

⁴⁹⁶ Exposición de Motivos de la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado.

⁴⁹⁷ Art. 230 para el contrato de obras y 305.1 para el contrato de servicios.

⁴⁹⁸ Art. 249.1.i) para el contrato de concesión de obras, 279.2 y 280.b) para el contrato de gestión de servicios públicos; 294.1.f) para el contrato de concesión de obra pública; y 295 para el contrato de suministro.

⁴⁹⁹ Art. 249.1.e para el contrato de concesión de obras; y art. 280.1 para el contrato de gestión de servicios públicos.

público o el secuestro de la concesión⁵⁰⁰, y la suspensión del contrato⁵⁰¹.

Como señala la ley, todas ellas deben encaminarse a la consecución del interés general y siempre deben ejercitarse acorde al procedimiento correspondiente. Por tanto, el propio artículo recoge las dos garantías más potentes a la hora de hacer uso de las prerrogativas: la satisfacción del interés general como requisito habilitante⁵⁰², y el procedimiento como garantía. Se trata, pues, de privilegios “contrabalanceados por garantías”⁵⁰³.

Veremos en próximos capítulos de qué manera la *vis* atractiva de la adjudicación del contrato está instrumentalizando la ejecución dejándola vacía de su contenido originario, es decir, reduciendo el alcance de las prerrogativas. También se estudiará cómo en España emerge la potestad de modificación unilateral o *potestas variandi* como “centro de la construcción dogmática de la figura del contrato administrativo”⁵⁰⁴.

Además de las prerrogativas, la fase de ejecución también está bajo los efectos de los principios jurídicos consagrados por el sistema de contratación. Un conjunto de principios que no sólo son instrumento fundamental para la consecución de los objetivos consagrados por aquél, sino también “líneas de fuerza vertebradoras de la institución”⁵⁰⁵. Principios que, además, tienen carácter normativo y no meramente interpretativo. Son principios de derecho positivo en el sentido que le dio Margarita BELADÍEZ ROJO: “ideas en torno a las cuales se organiza una determinada regulación positiva; ideas que aunque, lógicamente, han de encontrarse inspiradas en un valor jurídico, no constituyen una expresión directa del mismo, no siendo más que un medio para hacerlo efectivo”⁵⁰⁶.

¿Cuáles son los principios presentes en la mayoría de sistemas de contratación? Casi todos los sistemas han consagrado i) el principio de no discriminación e igualdad de trato; ii) el principio de transparencia, incluyendo su faceta de publicidad de la licitación; iii) el

⁵⁰⁰ Art. 251 para el contrato de concesión de obras; y art. 285 para el contrato de gestión de servicios públicos.

⁵⁰¹ Art. 220 con carácter general; con carácter particular habrá que estar al art. 237.b) para el contrato de obras; 299.a) para el contrato de suministro; 308.a) para el contrato de servicios. Según el tipo de contrato el plazo para poder solicitar la resolución de un contrato suspendido varía.

⁵⁰² “Las prerrogativas son actuables en razón a un interés público constatado” (STS 29 abril 1989).

⁵⁰³ Así se pronuncia la STS 29 septiembre 1977, y STS 29 junio 1986.

⁵⁰⁴ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997., p.16.

⁵⁰⁵ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 222.

⁵⁰⁶ M. BELADÍEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994., p. 138.

principio de libre concurrencia. Incluso se observa una conexión entre los principios de la contratación y la Constitución, al entender que toda actividad administrativa debe estar sujeta a principios constitucionales como la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9 CE), la eficacia y la objetividad (artículo 103 CE)⁵⁰⁷.

Estos principios surgen tradicionalmente en la fase de adjudicación del contrato, pero con el tiempo se han hecho extensibles a la ejecución del mismo y, por tanto, deben observarse a lo largo del procedimiento, lo que les dota de una transversalidad que obliga a su estudio en el presente trabajo. Así, en el caso de la Unión Europea el TJUE declaró que los principios de las Directivas se extendían a todas las fases del contrato⁵⁰⁸. Y no sólo se aplican a los contratos sujetos a regulación europea, sino que en virtud de la doctrina de las obligaciones positivas contenidas en el Tratado, habrá que tenerlos en cuenta en caso de contratos fuera del alcance de las Directivas, pero con interés transfronterizo⁵⁰⁹. Y en todo caso, la inclusión de estos principios en las Directivas ha producido un efecto contagio en la legislación doméstica de los países miembros incluso para contratos por debajo del umbral.

La transversalidad de estos principios los convierte en la bisagra que une los dos grandes bloques normativos que se observan dentro de la regulación de los contratos: las normas sobre adjudicación de los contratos, por un lado, y las normas sobre su ejecución, por otro.

España no es ajena a dichos principios y ya tradicionalmente las normas de contratación giraban en torno a los principios de publicidad y concurrencia, que eran vistos como la manera de alcanzar una contratación eficiente y que persiguiese el interés general. Estos principios siguen hoy vigentes, si bien han sido completados y perfeccionados por otros. El artículo 1 TRLCSP señala que “la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e

⁵⁰⁷J. AVEZUELA CÁRCCEL, “Los principios generales de la contratación pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, enero-junio, 2005., p. 22; también J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, cit.

⁵⁰⁸ Así, por ejemplo, Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Commission v CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236, p. 115 y 105 que extiende los principios a la ejecución.

⁵⁰⁹ Ver J. M. BAÑO LEÓN, “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, vol. 151, enero-abril, 2000. ; X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 50, 2014.

igualdad de trato entre los candidatos (...). Y más adelante se especifica para los contratos de las Administraciones públicas en el artículo 139 “Principios de igualdad y transparencia” que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia. Y se repite de nuevo para los contratos sujetos a regulación armonizada y para aquellos entes del sector público que no son poder adjudicador en el sentido de la Ley (artículo 192.1: “1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”).

Pero además de estos principios que operan a lo largo de todo el proceso, debemos también estudiar otros que se desenvuelven en la ejecución. Cobran máxima importancia dos: el principio de riesgo y ventura y el principio de equilibrio económico-financiero del contrato.

2.3.1. El principio de igualdad de trato entre los licitadores

El principio de igualdad de trato entre los licitadores se refiere a que el ente adjudicador no puede de ninguna manera otorgar ventajas injustificadas a ninguno de los potenciales candidatos.

En el ámbito del Derecho europeo, se trata de un principio que fue una creación jurisprudencia, siendo enunciado por primera vez en el asunto *Storebaelt*⁵¹⁰, donde el Tribunal de Justicia consideró que “si bien la Directiva no menciona expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, no es menos cierto que el deber de respetar dicho principio responde a la esencia misma de la Directiva” en la medida en que “se propone, en particular, el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos”⁵¹¹. Se trata, pues, de un principio que nace supeditado a servir de instrumento a la competencia efectiva y real en la adjudicación de los contratos⁵¹².

⁵¹⁰ Sentencia de 22.06.1993, caso C-243/89, Comisión c. Dinamarca [1993], ECLI:EU:C:1993:257.

⁵¹¹ Sentencia de 22.06.1993, caso C-243/89, Comisión c. Dinamarca [1993], ECLI:EU:C:1993:257, par. 33

⁵¹² En Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182, Abogado General BOT señala que “el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas candidatas” Cfr. Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182.

Algo más tarde el propio Tribunal de Justicia ofrecería una definición del principio, considerando en el asunto *Fabricom* que la igualdad de trato es la exigencia de que circunstancias comparables no reciban trato diferente, pero también que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, excepto si ello está objetivamente justificado⁵¹³.

Siguiendo dicha definición, la mecánica de aplicación del principio se divide en tres fases. Primero, debe probarse que se está ante circunstancias comparables, algo que no siempre es sencillo. Después, debe definirse si se ha producido un tratamiento diferenciado. Y por último, debe considerarse si dicho tratamiento diferenciado estaba o no objetivamente justificado.

En su origen el principio sirvió como freno a aquellas prácticas consistentes en favorecer a los contratistas nacionales, o de una determinada región. Por ejemplo, en el asunto *Re Data Processing* se pretendía favorecer a empresas de propiedad pública, algo que sin ser directamente discriminatorio (se trataba de requisitos objetivos que todos podían cumplir) sí favorecía a empresas italianas⁵¹⁴.

Otra de las manifestaciones más habituales del principio es la que obliga a que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades para formular adecuadamente su oferta. Por ejemplo, sería contrario al principio de trato igualitario el hecho de que uno de los licitadores recibiera mayor información⁵¹⁵. Tampoco sería conforme a Derecho que se permitiera a uno de los licitadores el modificar su oferta una vez pasado el plazo de presentación, ni aceptar ofertas que no cumplen los requisitos mínimos exigidos, o permitir la presentación de mejoras sin haber dado esa opción en los pliegos.

En ocasiones se ha considerado que del principio de igualdad de trato implica una obligación

⁵¹³ Sentencia de 03.03.2005, caso C-21/03, C-34/03 *Fabricom S.A c. Bélgica* [2005], ECLI:EU:C:2005:127, par. 27; una sentencia que da esa definición basándose en la definición del principio de trato igualitario ofrecida en otras parcelas del Derecho de la Unión Europea.

⁵¹⁴ Sentencia de 05.12.1989, caso C-3/88, *Comisión c. Italia (Re Data Processing)* [1989], ECLI:EU:C:1989:606; ver también Sentencia de 27.10.2005, caso C-234/03 *Contse y otros c. Insalud* [2005], ECLI:EU:C:2005:644, en que se recuerda que “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado” (par. 36).

⁵¹⁵ Sentencia de 05.10.2000, caso C-16/98 *Comisión c. Francia* [2000], ECLI:EU:C:2000:541, par. 103-109.

de transparencia que debe permitir asegurar que este principio es respetado⁵¹⁶. Es momento ahora de estudiar esa obligación de transparencia, que se configura como un auténtico principio que informa todo el sistema.

La aceptación de dichos principios en España es total, no sólo en la legislación, sino también en la jurisprudencia. Hay que subrayar que ya antes de la transposición del Derecho europeo el principio de igualdad a la hora de adjudicar un contrato era inherente al correcto funcionamiento de la licitación. Por ejemplo, en Sentencia de 6 de julio de 2004 (Ar. 5101) se afirma que “los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación y en concreto al concurso, son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para los licitadores, como ha recogido reiterada jurisprudencia de esta Sala (...)”.

En definitiva, el principio de igualdad de trato debe lograr que sean tratados por igual todos los potenciales candidatos que sean capaces y que no estén incursos en causa de prohibición⁵¹⁷.

Quizá lo que cambia entre antes y después de la recepción del Derecho europeo es que ahora el Derecho nacional adopta éste y otros principios como principios informadores, como verdaderos objetivos, más que como medios para alcanzar un fin. Y ello es lo que a la larga posibilita que se extiendan a la fase de ejecución, lo cual ha permitido desarrollar los límites a la modificación del contrato.

2.3.2. El principio de transparencia

La transparencia puede ser concebida como instrumento de apoyo que sirve a la consecución de otros principios, o como objetivo por sí misma⁵¹⁸. En la Unión Europea, por ejemplo, la transparencia se considera instrumento de apoyo al principio de no discriminación, ya que permite monitorizar el cumplimiento con éste⁵¹⁹, lo cual a su vez garantiza la libre

⁵¹⁶ Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG. [2005], ECLI:EU:C:2005:605, par. 49.

⁵¹⁷ STS, Sala Tercera, 06/07/2004 (Ar. 5101).

⁵¹⁸ En la Opinión del Abogado General BOT en el asunto Wall se puede encontrar un excelente desarrollo “de las líneas maestras de la jurisprudencia relativa a la obligación de transparencia”. Cfr. Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182.

⁵¹⁹ Así se pronuncia S. ARROWSMITH, “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, cit.p. 8:

conurrencia⁵²⁰. Tanto es así que el TJUE ha deducido un principio de transparencia del principio de no discriminación recogido en el Tratado⁵²¹.

La transparencia parece encontrar en la publicidad su componente esencial. De hecho, toda transparencia debe comenzar por la publicidad y no puede haber transparencia sin publicidad adecuada⁵²². Sin duda, ésta es la función más obvia del principio de transparencia, pero no es la única y quizá tampoco la más importante. Porque, ¿de qué sirve publicar unos pliegos y unas condiciones si después, en fase de ejecución del contrato, no se van a cumplir? Para dar respuesta a estas cuestiones ha sido necesario pasar de un concepto formal de transparencia (publicidad) a un concepto material muchos más complejo. Para SCHOONER la transparencia del sistema de contratación es el conjunto de mecanismos que licitadores y terceros tienen para asegurarse que la Administración hace negocios de manera imparcial⁵²³. De manera más detallada, y en una exposición muchas veces repetida, ARROWSMITH, LINARELLI y WALLACE consideran que la transparencia tiene cuatro funciones⁵²⁴: i) Publicitar las oportunidades contractuales; ii) Publicitar las reglas del procedimiento de contratación; iii) Basar el sistema en la decisión reglada, esto es, reducir la discrecionalidad en la adjudicación, sometiéndola a las normas y cláusulas del pliego; iv) Dar la oportunidad al candidato de verificar los resultados y reaccionar ante ellos.

Entre el iii) y el iv) podríamos añadir un requisito más de la transparencia: la necesidad de motivar las decisiones adoptadas de manera que quede claro que se han respetado las normas del procedimiento y la discrecionalidad no pretende ocultar arbitrariedad, pero además que se da opción al candidato de cuestionar la motivación esgrimida. Precisamente este último

“This [the power conferred to eliminate obstacles to free movement] embraces transparency measures to support the elimination of discrimination”. La autora se apoya en los considerandos de las primeras Directivas y en asuntos como C-19/00, SIAC Construction v County Council of the County of Mayo [2001] ECR I-07725, par. 41.

⁵²⁰ De hecho en España la transparencia, en su faceta formal de “publicidad”, se consagró inicialmente como mecanismo para satisfacer la libre concurrencia (“remate público” decían nuestras normas), en tanto que gracias a la publicidad habrá mayor número de candidatos.

⁵²¹ Sentencia de 07.12.2000, caso C-324/98 Telaustria Verlags GmbH and Teleoadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG [2000], ECLI:EU:C:2000:669; un resumen sobre la llamada doctrina de las obligaciones positivas del Tratado en mi artículo X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública”, cit.

⁵²² Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG. [2005], ECLI:EU:C:2005:605.

⁵²³ S. L. SCHOONER, “Desiderata: objectives for a system of government contract law”, cit., p. 2.

⁵²⁴ S. ARROWSMITH; J. LINARELLI; D. WALLACE, *Regulating public procurement: national and international perspectives*, Kluwer Law International, The Hague ; London, 2000., p. 72-73.

apartado iv) conecta la transparencia con la posibilidad de verificación y de control, lo cual permite monitorizar que se cumple lo establecido y se respetan los principios. Es decir, el principio de transparencia como instrumento al servicio del procedimiento de licitación⁵²⁵.

Entre otras cosas, el principio de transparencia exige que los candidatos conozcan las condiciones del contrato para poder realizar su oferta adecuadamente. Como establece repetidamente en su jurisprudencia el TJUE, el principio de igualdad de trato en conjunción con la obligación de transparencia “exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos⁵²⁶.

Ello implica, por ejemplo, que la información debe estar disponible en los pliegos directamente, sin remisiones a la normativa nacional. Las remisiones a la normativa nacional en materia de modificación le costaron a España una condena en el *asunto A-6* (2010), en un contrato de concesión para las obras de construcción de un tramo de la carretera de La Coruña A-6⁵²⁷.

Por último, hay que dejar apuntado que si bien la transparencia tiene efectos positivos (v.g en su vertiente de publicidad logra atraer más candidatos) también se observan efectos negativos. No sólo por suponer un aumento del coste del procedimiento, sino también por su impacto en la competencia. Así, un exceso de transparencia puede facilitar la colusión entre los licitadores si se exige que se publique noticia de información previa de los contratos que se prevén licitar durante el año siguiente⁵²⁸. Asimismo, es importante contrabalancear las necesidades de transparencia con el principio de confidencialidad que protege

⁵²⁵ Sentencia de 12.12.2002, caso C-470/99 *Universale-Bau y otros c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* [2002], ECLI:EU:C:2002:746, par. 91: “En efecto, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (véanse, en particular, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 61, y de 18 de junio de 2002, *HI*, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45).”

⁵²⁶ Sentencia de 24.01.2008, caso C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE c. Dimos Alexandroupolis* [2008], ECLI:EU:C:2008:40.

⁵²⁷ Sentencia de 22.04.2010, caso C-423/07 *Comisión c. España (asunto A-6)* [2010], ECLI:EU:C:2010:211.

⁵²⁸C. ESTEVAN DE QUESADA, “Competition and transparency in public procurement markets”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2014.; la autora habla de “colusión tácita” de los licitadores. Mismo sentido que SANCHEZ GRAELLS <http://howtocrackanut.blogspot.co.uk/2015/01/gc-gets-it-totally-wrong-and-pushes.html> sobre el asunto: *Veloss and Attimedia v Parliament*, T-667/11, EU:T:2015:5.

determinados aspectos del procedimiento licitatorio, v.g en el procedimiento de diálogo competitivo diseñado para dar respuesta a contratos complejos.

2.3.3. El principio licitatorio y el de libre concurrencia

En todas las realidades nacionales estudiadas se observa que desde muy pronto surgió la licitación como método elegido por los sistemas de contratación pública (en España fue primero en forma de subasta, con posterior aceptación del concurso). Se pretendía así obtener un precio acorde a mercado. Es decir, que la competición de los candidatos permitía al ente adjudicador obtener un buen acuerdo. Para ello, la licitación abierta era una regla que sólo cedía en favor de procedimientos de competencia restringida de manera excepcional, al menos teóricamente.

Con el paso del tiempo, el principio licitatorio no sólo se utiliza para alcanzar un buen acuerdo, sino también se vincula al principio de igualdad de trato, esto es, satisfacer los requisitos de dar las mismas oportunidades a todos los interesados capaces⁵²⁹. Más adelante, a nivel supranacional, los organismos internacionales que aprueban reglas de contratación pública vinculan el principio licitatorio al principio de libre competencia con el fin último de abrir los mercados a la competencia, creando un auténtico mercado europeo de la contratación pública. Este objetivo neoliberal se ha ido imponiendo a las conductas proteccionistas de los diferentes países⁵³⁰. Ahora bien, no debe confundirse el principio de libre competencia, en general, con el principio licitatorio. Uno, de carácter macrodimensional, pretende abrir los mercados de contratación. Otro, de carácter microdimensional, en tanto que el principio de libre licitatorio o de concurrencia se refiere al libre acceso a la licitación, mediante lo cual se pretende crear las condiciones de auténtica competición entre operadores. Podríamos en cierto modo afirmar que el principio licitatorio es una manifestación de la libre competencia en el momento de la adjudicación. ESCUIN PALOP habla en este sentido de la libre concurrencia desde el punto de vista interno, en el que la libre concurrencia pretende mejorar la eficiencia de los recursos públicos, y desde el punto de vista externo, en el que se busca garantizar un mercado libre donde se participe en

⁵²⁹ La competición emerge como un instrumento que reconcilia los objetivos del sistema y los medios utilizados por éste. Cfr. G. M. RACCA; R. CAVALLO PERIN, "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption", cit.p. 280.

⁵³⁰ P. KUNZLIK, "Neoliberalism and the European Public Procurement Regime", cit.

términos de igualdad⁵³¹.

Si el principio licitatorio o de libre concurrencia en la licitación estaba ya presente en muchos sistemas de contratación, lo que ahora parece ocurrir es la consagración del principio de libre competencia como principio informador de todo el sistema⁵³².

En lo que respecta a la modificación de los contratos la diferenciación entre ambos se observa cuando estudiamos el impacto de la modificación sustancial. Cuando se dice que la modificación impacta en la licitación original lo que se está infringiendo es el principio licitatorio. Mientras que si se está evitando una nueva licitación lo que se estará afectando es el principio de libre competencia.

2.3.4. El principio de riesgo y ventura

El principio de riesgo y ventura implica que una de las partes contratantes asume el riesgo derivado del devenir del negocio jurídico. Es decir, que asume la probabilidad de que surjan imprevistos (*periculum*), que las prestaciones sean más onerosas, o que el negocio no resulte tan rentable como fue previsto, pero también obtendrá beneficios derivados de ingresos extraordinarios. Un ejemplo se encuentra explícitamente en el Código Civil español, concretamente en el art. 1593 CC, cuando establece que el contratista “...no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales”. El precepto, que es manifestación del principio de invariabilidad del precio, ha sido considerado como una consecuencia del principio de riesgo y ventura⁵³³.

En el ámbito del Derecho Administrativo el principio tiene una gran importancia, por su carácter de regla general, si bien su aplicación cede ante determinados supuestos. Estos supuestos se presentan en mayor número que en el Derecho civil, ámbito donde la ley del contrato conduce a una aplicación más estricta del riesgo y ventura⁵³⁴.

⁵³¹ C. ESCUÍN PALOP, “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 46, Octubre, 2005.p. 29.

⁵³² Sobre el principio de competencia y la contratación pública es de fundamental lectura la obra de SANCHEZ GRAELLS, en especial A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.

⁵³³ PAZ RUBIO, J.M., “Artículo 1593”, en *Código Civil comentado*, ed. Colex, p. 910; Regla que se aplica al contrato a tanto alzado, pero no si el contrato es por unidad de medida (Sentencia de 7 d octubre de 1986).

⁵³⁴ Sobre la comparación entre el riesgo y ventura en la contratación civil y la administrativa ver el clásico artículo de GARCIA DE ENTERRIA en el que el autor asegura que existe una mayor benignidad hacia el contratista en el contrato de obras públicas - artículo 42 de los Pliegos de 1903 (posterior artículo 46 LCE). Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de*

La Sala Tercera del Tribunal Supremo español define el principio de riesgo y ventura como “la mayor o menor onerosidad que le suponga al contratista la ejecución de su propia prestación”⁵³⁵. En la misma línea el Consejo de Estado español lo considera la regla según la cual el contratista “se lucra con las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y soporta las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada”, permaneciendo la Administración ajena a la suerte o desventura del contratista⁵³⁶. O como precisa el Tribunal Supremo,

“Y, como dice la STS de 9 de marzo de 2005, recurso de casación 5247/2000 reproduciendo las sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001, “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial”⁵³⁷.

Entre nosotros, ARIÑO ha elaborado la construcción dogmática del principio de riesgo y ventura. Se trata de un principio que se consagra en el siglo XIX, al consolidarse el pensamiento liberal y el voluntarismo jurídico⁵³⁸. Con anterioridad, nuestro Derecho (Fuero Real, Partidas, Ordenamiento de Alcalá) sancionaba un régimen general de lesión, de *iustum pretium*, de responsabilidad por culpa, de partición de los riesgos⁵³⁹; instituciones todas donde el riesgo y ventura tenía un escaso recorrido. Sin embargo, el principio de la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad del contrato condujeron a que la rescisión por lesión fuese un remedio excepcional, a que el precio se considerase justo en la medida en

Administración Pública, vol. mayo-agosto, 2, 1950.

⁵³⁵ STS 19 diciembre de 1990; En la STS 8 junio de 1947 se define riesgo como contingencia o proximidad de un daño.

⁵³⁶ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 130; lo mismo en el Dictamen 662/2004 de 15 de abril.

⁵³⁷ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ.2008/25694; MP:Celsa Pico Lorenzo).

⁵³⁸ VILLAR PALASI Y VILLA EZCURRA afirman que es una figura ya presente en Derecho romano que hace referencia a la doctrina de los riesgos (*periculum rei*) en la *locatio iuris, conductoris periculum est* (D.19, 2, 36); y no desconocida para nuestro Derecho histórico, estando presente en la Nueva Recopilación (c.XV,II,Ley I, Título IX). J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, cit., p. 527.

⁵³⁹ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, 111 y ss.

que es el convenido por las partes o a que la equidad y la buena fe quedasen relegadas a un plano secundario⁵⁴⁰. Todo ello con el objetivo de proteger el negocio jurídico y dotar al sistema de la adecuada seguridad jurídica.

Precisamente es la persecución de esa seguridad jurídica la que empujó a la Administración a recurrir al principio de riesgo y ventura en los contratos de arrendamiento de rentas reales⁵⁴¹. Por medio de estos contratos la Corona se pretendía asegurar ciertos ingresos fiscales, lo cual llevó a que estos contratos se blindasen con la aplicación del riesgo y ventura⁵⁴². En ese sentido ARIÑO afirma que el riesgo y ventura en el Derecho administrativo tiene un origen político-financiero, no dogmático como en el Derecho civil⁵⁴³. Fundamento que transmite la necesidad de certeza en la realización del gasto público en los términos presupuestados⁵⁴⁴. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA parece oponerse a esta idea y considera que el origen en el Derecho Administrativo también es dogmático en la medida en que “el principio de riesgo y ventura, de que blasona el contrato administrativo, no es sino la enunciación de un principio superior, por lo demás, común: la inmutabilidad del *contractus lex*”⁵⁴⁵. Se trataría por tanto de la particular recepción en la contratación pública de un principio general de la contratación.

La jurisprudencia decimonónica manifiesta que es doctrina general que los contratos administrativos se celebran a riesgo y ventura (Sentencias de 5 abril de 1865, 20 de diciembre de 1866, 13 enero 1875, entre otras)⁵⁴⁶. La Administración acaba acogiendo como propio el principio de riesgo y ventura, pasando del contrato de rentas al contrato de obras y, después, al conjunto de los contratos administrativos, siendo hoy un “principio básico de nuestra

⁵⁴⁰ Dice GARCÍA DE ENTERRÍA que el contrato administrativo de obra se aparta del derecho patrio (donde se admitía la lesión). Ya no hay partición del riesgo salvo pacto en contrario. 1593; 159 y 1590; Sólo un mecanismo sirve para salvar la equivalencia objetiva: la rebaja por pérdida de más de la mitad de los frutos. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit.

⁵⁴¹ Ver por ejemplo la Sentencia núm. 11 de la Colección de Jurisprudencia Administrativa de 1864, p. 29 ; o la Sentencia núm. 26 de la Colección de Jurisprudencia Administrativa de 1867, p. 47.

⁵⁴² Badenes, riesgo imp., p. 165; el autor menciona la Sentencia de 20 diciembre de 1866 en la que un contrato de rentas se celebran a riesgo de cualquier caso fortuito, pensado o impensado que sobrevenga.

⁵⁴³ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 196.

⁵⁴⁴ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit., p. 126.

⁵⁴⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit., p. 87; Señala que no es más que “expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado”. Esta postura es la que parece asumir el Consejo de Estado español según la Memoria CE 1990, p. 167

⁵⁴⁶ E. DELGADO MARTÍN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit.p. 147.

legislación de contratos administrativos”⁵⁴⁷. Esta evolución va acompañada de la idea del contrato administrativo como contrato de resultado, cualidad que antes se aplicaba sólo al contrato de obra y que ahora se predica de la categoría de contrato administrativo⁵⁴⁸.

En el vigente TRLCSP, el principio de riesgo y ventura se recoge en el Libro IV dedicado a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, ya no sólo del contrato de obra. El artículo 215 “Principio de riesgo y ventura”⁵⁴⁹ establece,

La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El precepto nos permite comprobar que la aplicación del principio de riesgo y ventura tiene límites. El propio precepto enuncia sus dos principales excepciones: fuerza mayor y acuerdos de distribución de riesgos entre las partes. Esto se traduce, como veremos, en límites de carácter legal y de carácter convencional.

De carácter legal es el mantenimiento del equilibrio económico del contrato el principal límite al riesgo y ventura. Dentro de ello hay que distinguir dos clases. Las “causas típicas” que son recogidas en la legislación, que son el *ius variandi*, el *factum principis* y la fuerza mayor, conceptos que estudiaremos más adelante. Y las causas atípicas que son las relacionadas con la doctrina del riesgo imprevisible y el *rebus sic stantibus*, que no han sido positivizados⁵⁵⁰.

Respecto al acuerdo de las partes, aunque el precepto se refiere a la colaboración público-privada, lo cierto es que los pliegos pueden realizar una distribución de riesgos que no coincida con el riesgo y ventura del contratista. Ahora bien, la Administración no puede

⁵⁴⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 2004.

⁵⁴⁸ I. GALLEGU CÓRCOLES, “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Ángel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011., p. 73: “La obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado entendida ésta como contrapuesta a la configuración de actividad o medial, y por tanto, los riesgos derivados de la ejecución deben recaer directamente sobre el contratista”.

⁵⁴⁹ Otros preceptos se encargan del riesgo y ventura en contratos determinados. Así, el art. 7 y el 242 lo reconocen expresamente para la concesión de obra pública y el art. 277 para la gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

⁵⁵⁰ La denominación de causas típicas y atípicas en D. BLANQUER CRIADO, *Derecho Administrativo*, vol. vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010., p. 821.

extender el principio de riesgo y ventura tanto como para eximirse de toda responsabilidad⁵⁵¹. Pero tampoco puede ocurrir justo lo contrario, que la Administración acuerde asumir ella los riesgos incluso de actuaciones poco diligentes del contratista. En esos casos, se estaría ante “un seguro total que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad” lo cual “vendría a establecer un desequilibrio contrario a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna”⁵⁵². Ocurre incluso que en determinadas figuras contractuales el riesgo se erige en elemento esencial para definirlos como tales. Por ejemplo, a la hora de clasificar una concesión, el trasladar todos los riesgos a la Administración puede desvirtuar ésta⁵⁵³. En este sentido, y como ejemplo, la vigente Directiva 2024/25 en materia de concesiones⁵⁵⁴. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. En España encontramos ejemplos históricos, como la construcción del ferrocarril garantizando un beneficio mínimo a los particulares⁵⁵⁵.

El papel de la jurisprudencia a la hora de flexibilizar la aplicación del principio ha sido fundamental⁵⁵⁶. Ya históricamente la aplicación estricta del este principio se consideró que estaba en “pugna con los más elementales principios de justicia y equidad, y determina una total ausencia de sentido jurídico”⁵⁵⁷ y “...si es justo que el que contrata sufra las consecuencias de la pérdida que puede ocasionarle el error padecido en el cálculo de

⁵⁵¹ STS 28 de marzo de 2005 se apoya en Dictamen de 11 de febrero de 1993 (59/1993).

⁵⁵² STS 24 abril 1985 citando Sentencias de 2 de julio de 1873 y 25 de marzo de 1915.

⁵⁵³ A. EMBID IRUJO; E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de Obras públicas*, cit.p. 171; lo mismo en Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010 (69/2009) donde se afirma que es necesario que el riesgo quede en concesionario, aunque en cierto momento haya estado limitado o excluido.

⁵⁵⁴ Así se pronunció ya la Comisión en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02 “si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión”.

⁵⁵⁵ NUÑEZ DE PRADO, J., “De las obras públicas en España”, en *Revista de Obras Públicas*, núm. 22, 1869, p. 259.

⁵⁵⁶ R. BADENES GASSET, *El Riesgo imprevisible: influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional*, Bosch, Barcelona, 1946., p. 166.

“Considerando que según se infiere del tenor de las preeinsertas leyes recopiladas, es doctrina corriente y de muy antiguo recibida en la legislación fiscal del Reino, que en los arriendos de las Rentas del Estado y por identidad de razón en los contratos de suministros para servicios y obras públicas, no cabe el remedio de la rescisión por causa de lesión o engaño en más de la mitad del justo precio; porque esta clase de contratos se estiman celebrados a riesgo y ventura de cualquier caso pensado o impensado que sobrevenga después de su otorgamiento”. Visto en J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, cit., p. 538; visto a su vez en ARIÑO “La configuración histórica del principio de equivalencia en los contratos y el surgimiento del riesgo y ventura en los contratos del príncipe” en *Actas del Simposium de Historia de la Administración de 1967*, INAP, 1970.

⁵⁵⁷ DELGADO MARTIN, E. y ARRIAGA, *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 148.

probabilidades o esperanzas fundadas en presunciones racionales, no es lícito que la Administración, que debe dar más que nadie pruebas de su buena fe al contratar, le haga responsable de hechos o circunstancias que no le son por modo alguno imputables, pues al obstinarse en exigir en tales condiciones el cumplimiento de un contrato o la indemnización de perjuicios que son ajenos a la voluntad o culpa del contratista, más que el ejercicio de un derecho legítimo, implicaría el propósito de enriquecerse con perjuicio de tercero, que la Administración debe jamás abrigar”⁵⁵⁸.

Las excepciones al principio llevan a afirmar que el riesgo y ventura es menos estricto en la contratación administrativa que en la contratación civil, lo cual encuentra su razón de ser, según GARCÍA DE ENTERRÍA, en motivos puramente pragmáticos: “la mayor benignidad del contrato administrativo no está inspirada en la benevolencia, sino más bien en el ahorro que la propia Administración obtiene en su tráfico en masa al descargar a los contratistas de la necesidad de cubrirse de un riesgo que, aunque inespecífico en su cuantía, es hoy perfectamente normal en su incidencia sobre la ejecución de las contrataciones”⁵⁵⁹. Otras posturas defienden fundamentos más dogmáticos, como la mayor protección del contratista, o la protección de servicio público y del principio de continuidad, esto es, del interés que existe en que su correcto funcionamiento no se vea afectado⁵⁶⁰.

La atemperación del principio conduce hoy a hablar de la crisis del principio de riesgo y ventura⁵⁶¹. Tanto que por su aplicación se habla de “mito” o de una atemperación que es “privilegio en contra de la Administración contratante”⁵⁶². Se afirma que el concepto de contrato administrativo está hoy más cerca de la concepción canónica del contrato que de la concepción liberal-voluntarista, en la medida en que lo pactado cede ante determinadas

⁵⁵⁸ E. DELGADO MARTÍN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 170

⁵⁵⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit., p. 99

⁵⁶⁰ J. A. MORENO MOLINA, “Aplicación del principio de equilibrio financiero al contrato de obras”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 57, 2006., p. 22; STS 16 febrero 2006.

⁵⁶¹ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 192; un magnífico artículo al respecto es A. B. CASARES MARCOS, “Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección 7ª. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)”, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012., p. 918; y misma autora antes en A. B. CASARES MARCOS, “Equilibrio económico”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso (ed.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo.*, p. 1312: ““múltiples quiebras e importantes matizaciones”.

⁵⁶² M. FUERTES LÓPEZ, “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)”, en *Observatorio de contratos públicos 2012*, 2013.

circunstancias⁵⁶³. La propia Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1963, de Contratos del Estado afirma que “se otorga al contrato la naturaleza de vínculo fundamental que liga a las partes; así se advierte que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a sus cláusulas” (...) “Se consagra el principio tradicional de la ejecución a riesgo y ventura del contratista (...) si bien para ajustar la declaración a las necesidades actuales, se admite una mayor flexibilidad en las excepciones a la regla general”⁵⁶⁴.

En la misma línea matizadora del principio de riesgo y ventura, se manifiesta el Consejo de Estado español cuando afirma que “no ha de confundirse [el riesgo] con que corre el contratista, a sus expensas, de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de ejecución, con el caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al contrato que afecten a la relación contractual y alteren su curso”⁵⁶⁵. En este mismo sentido el Tribunal Supremo español considera que no cabe flexibilizar el riesgo y ventura si el contratista calculó mal *ab origine* el equilibrio del contrato⁵⁶⁶, pero deben caer fuera del riesgo y ventura “los acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes”, quedando limitado el riesgo y ventura a las circunstancias que provengan de su propio actuar⁵⁶⁷.

2.3.5. El mantenimiento del equilibrio del contrato. Técnicas para su consecución.

Si hay un principio que ha propiciado la suavización del riesgo y ventura, ése es el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Tanto es así que ambos principios se han descrito como “el haz y el envés de una misma y compleja realidad”⁵⁶⁸. El Consejo de Estado español asegura que la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero es un límite natural a la regla del riesgo y ventura⁵⁶⁹. Estudiemos, pues, el alcance de aquel principio.

⁵⁶³ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 198; en el mismo sentido J. L. VILLAR EZCURRA, “El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas”, *Revista de Obras Públicas*, vol. extraord., octubre, 2002., p. 71-72.

⁵⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado.

⁵⁶⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1969 (núm. 36402).

⁵⁶⁶ STS, Sala Tercera, 25/01/2013 (Ar.1935; MP:Vicente Conde Martín de Hijas).

⁵⁶⁷ STS 31 marzo 1987 ; en el mismo sentido la STS 16 febrero 2006.

⁵⁶⁸ A. B. CASARES MARCOS, “Equilibrio económico”, cit.p. 1313.

⁵⁶⁹ Dictamen 662/2004; también en Memoria CE 2002, p. 132.

El principio del equilibrio económico-financiero del contrato asume que las partes alcanzan una determinada ecuación económico-financiera inicial que debe respetarse a lo largo de la ejecución del mismo, incluyendo dicha ecuación la asunción de ciertos riesgos. Esa ecuación o economía del contrato, en el caso de los contratos onerosos “no es sino la concreción de las ventajas que cada contratante asumió como base o causa de su consentimiento”⁵⁷⁰.

Sobre el principio de equilibrio financiero se ha dicho que su origen se encuentra en los contratos de concesión administrativa⁵⁷¹. Se considera que fue el Comisario Blum en su opinión en el *arrêt Cie General Française des Tramways* del Consejo de Estado francés (11 de marzo de 1910) el primero en recogerlo explícitamente. Éste afirma que “en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”⁵⁷².

El origen concesional se observa en la jurisprudencia española moderna, donde se afirma que “el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas es un principio básico de toda figura concesional”⁵⁷³. Es precisamente en materia de concesiones donde se plasma por primera vez en un texto legal la idea de equilibrio financiero del contrato, lo que se produce en los artículos 126.2.b y 127.2.2 de Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955⁵⁷⁴, que enuncia el mantenimiento del equilibrio económico como un auténtico deber⁵⁷⁵:

⁵⁷⁰ STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén) apoyándose en el art. 1274 CC

⁵⁷¹ El influjo concesional de la figura es puesto de manifiesto en la Memoria anual del Consejo de Estado de 2011, p. 201.

⁵⁷² Comisario Blum en su opinión en el *arrêt Cie General Française des Tramways* del Consejo de Estado francés (11 de marzo de 1910). Comentario y jurisprudencia posterior en http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/Le_contrat_administratif_regime/GrandsArrets_11mars1910.pdf (accedido en octubre 2014)

⁵⁷³ STS de 27 de diciembre de 1988 (Ar. 10254); Incluso en la STS 14.2.1986 (Ar. 1582) se afirma que para los contratos rige el principio de riesgo y ventura, pero no para las concesiones, en el que hay que aplicar el equilibrio financiero de la concesión.

⁵⁷⁴ Decreto de 17 de junio 1955, BOE 15 julio 1955, núm. 196, [pág. 4266]; E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 680: “texto en el que primero se plasma de un modo general la recepción de estas ideas [equilibrio financiero del contrato]. Para PAREJO la formulación más acabada fue la del arts. 127 a 129 y el 152.3 del RSCL de 1953, los cuales garantizan la economía de la concesión en una coparticipación de la Administración y el concesionario en los riesgos sobrevenidos. Cfr. L. J. PAREJO ALFONSO, “¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 18, 1978., p. 446.

⁵⁷⁵ STS 6 junio 1975 (Ar. 3330) afirma que restablecer el equilibrio es un deber.

Artículo 126. Carácter público del servicio prestado mediante concesión administrativa. Régimen y recursos de los actos de los concesionarios

1. (...)

2. En el régimen de la concesión se diferenciará:

- a) el servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público, y
- b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.

(...)

Artículo 127. Potestades y obligaciones de la Corporación que otorga la concesión administrativa

1. (...)

2. La Corporación concedente deberá:

1º (...)

2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual:

- a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y
- b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

(...)

Por tanto, el mantenimiento del equilibrio se convierte en una exigencia legal. Esa exigencia legal de mantenimiento del equilibrio económico del contrato en el ámbito local contrastaba con la regulación estatal (LCE)⁵⁷⁶. Pero hoy esa dualidad está superada y la legislación básica recoge el principio en el artículo 258 TRLCSP. De la lectura del artículo, sin embargo, se observa como i) las causas que producen la necesidad de equilibrar el contrato de concesión han sido tasadas y parecen quedar acotadas a la modificación unilateral, la fuerza mayor, el *factum principis*, y aquellas que se acuerden en los pliegos, queda por tanto excluida la doctrina del riesgo imprevisible, si bien veremos como los Tribunales la vienen aceptando⁵⁷⁷; ii) las medidas para restablecer el equilibrio se apuntan en el apartado 3, las cuales veremos más adelante.

⁵⁷⁶ Sobre ese contraste se pronuncia G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Potestad tarifaria y equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones Locales”, *Revista de Administración Pública*, vol. 87., p. 383.

⁵⁷⁷ Son causas tasadas lo dice STS, Sala Tercera, 09/05/2014 (Ar.3304; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

Artículo 258. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.
2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.
 - b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el art. 231.
 - c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4º de la letra c), y en la letra d) del art. 131.1.
3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. (...)

Que la garantía del equilibrio económico alcance su mayor desarrollo en la concesión⁵⁷⁸ no obsta para que hoy en todos los contratos administrativos se reconozca “un fondo institucional, que no puede ser otro que el equilibrio económico del contratista”⁵⁷⁹. Como señala el Consejo de Estado español “está generalmente aceptado que, cuando sobrevienen circunstancias imprevistas por las partes y objetivamente imprevisibles, que alteran sustancialmente el equilibrio económico-financiero establecido en el contrato, puede ser revisado el contenido de las prestaciones pactadas para acomodarlo a las nuevas circunstancias, sin que ello suponga la rotura del vínculo contractual”⁵⁸⁰

Los fundamentos para su adopción coinciden con los esgrimidos para el debilitamiento del principio del riesgo y ventura. La cuestión dogmática para que este principio encuentre acogida en los contratos del sector público puede encontrarse en “razones de justicia (igualdad de las cargas públicas) y de oportunidad (la atracción de buenos contratistas)”⁵⁸¹. Equidad y buena fe son argumentos que se repiten de manera continua por la doctrina⁵⁸² y la

⁵⁷⁸ I. GALLEGO CÓRCOLES, “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 26, diciembre, 2003.

⁵⁷⁹ STS, Sala Tercera, 12/12/1979 (EDJ.6706; MP: Jaime Rodríguez Hermida), en el mismo sentido las posteriores STS 17 diciembre de 1997; STS 30 mayo 2006; STS 4 julio 2006; STS 27 octubre 2009.

⁵⁸⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 167.

⁵⁸¹ STS, Sala Tercera, 12/12/1979 (EDJ.6706; MP: Jaime Rodríguez Hermida).

⁵⁸² Así se pronuncia S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit. Vol. IV, p. 425-426; A. B. CASARES MARCOS, “Equilibrio económico”, cit., p. 1376.

jurisprudencia⁵⁸³. Ocurre, pues, que la equidad se convierte en “válvula de escape para la colisión entre la inexistencia de cláusula [contractual] y el restablecimiento del equilibrio”⁵⁸⁴.

Otro fundamento dogmático del equilibrio contractual es que sirve para asegurar el interés público frente a circunstancias imprevistas⁵⁸⁵. La explicación que más acogida ha tenido es la que considera que debe protegerse el contrato en la medida en que a través de éste se persigue un fin público. El contrato muta, esto es, cambia, para poder continuar ejecutándose y con ello realizar el interés público. En este sentido, “se pone de manifiesto la inaplicación del riesgo y ventura cuando de ello se deriva una situación que pone en peligro la ejecución del contrato”⁵⁸⁶.

En la misma línea se sitúa la postura que defiende el equilibrio económico como mecanismo garante de la continuidad del servicio: “el mantenimiento del equilibrio financiero es un modo de salvar la empresa para salvar el servicio, es decir para determinar la continuación de su prestación”⁵⁸⁷.

Esta continuidad del servicio ha sido incluso expuesta en normas legales. La Ley de Bases de 1963, de Contratos del Estado, señaló que los contratos de gestión de los servicios públicos tienen una ecuación económica “más delicada”, encaminada a “garantizar la continuidad y la eficacia del servicio”⁵⁸⁸. Así, se afirma que “la Administración debe en estos casos acudir también en ayuda del concesionario, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista haya podido surgir con el fin de evitar el colapso total del servicio

⁵⁸³ Antecitada STS 12 diciembre de 1979 y la STS de 16 de septiembre de 1988, que señala que bajo riesgo y ventura no se entiende que “el contratista deba siempre responder o pechar aun en los sucesos más imprevisibles y que causen los mayores desequilibrios”, lo cual “sería contrario al principio de buena fe” y contrario “al propio valor de Justicia que está proclamado como valor superior del Estado en el artículo 1.1 CE en tanto que sería injusto que fueran los contratistas –por el mero hecho de serlo– los que soportaran exclusivamente (y no toda la comunidad) las pérdidas imprevisibles que pudieran originarse en la realización de obras o en la prestación de servicios dirigidos precisamente a una mejor satisfacción del interés general”. Una Sentencia, esta de 1988, que bebe directamente de lo dicho por EGE en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit., p. 108.

Por su parte, la STS 6 octubre 2009, rec. 1537/2007 establece que la equidad no puede ser la base. En cambio sí aplica la equidad en el caso de los productos bituminosos (STS 25 abril 2008 o STS 16 junio 2009).

⁵⁸⁴ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Revisión de precios”, cit., p. 666.

⁵⁸⁵ J. . FUENTETAJA PASTOR, “Riesgo y ventura en la concesión de Obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, vol. 7, 2º semestre, 2004., p. 187.

⁵⁸⁶ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, cit., p. 549; los autores ponen el ejemplo de las sentencias dictadas en los casos de los “ligantes asfálticos”.

⁵⁸⁷ STS de 6 de junio de 1975 y 11 de febrero de 1978.

⁵⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado.

concedido”⁵⁸⁹. Conecta ello con la idea de contratista-colaborador de la Administración, con el cual se coopera en el encaje del incremento de costes⁵⁹⁰.

También se consideran motivos para la acogida de la doctrina del equilibrio contractual tanto el impacto que tiene en la financiación de los contratos⁵⁹¹, como en el abaratamiento de éstos, al reducir el coste de los seguros⁵⁹². Esa reducción de los costes es reflejo de una reducción de los riesgos que asume el contratista, lo que a su vez puede ayudar a atraer nuevos candidatos. Afirma BLANQUER CRIADO que “lo intangible ya no es lo acordado entre las partes; lo intangible es el equilibrio económico de la concesión de servicio público (pues de lo contrario la Administración no encontraría inversores que quisieran colaborar con ella)”⁵⁹³. Como señala PAREJO, “lo que no es realista es esperar que la iniciativa privada asuma y mantenga actividades sin expectativas económicas y, más aún, generadoras de pérdidas”⁵⁹⁴.

El Consejo de Estado utiliza algunos de estos fundamentos para defender el equilibrio. Así, considera que “el particular que, en régimen de concesión, colabora en la prestación de un servicio, lo hace inducido por la expectativa de un beneficio; un principio elemental de buena fe exige que no sea defraudado. Si la Administración pudiera variar discrecionalmente las condiciones que afectan a la ecuación, se verificaría un enriquecimiento injusto que habría de repercutir necesariamente en la prestación futura de servicios, por el natural retraimiento que se produciría en la solicitud de concesiones. Es por ello que el principio de intangibilidad ha de ser referido a esa ecuación financiera, sin perjuicio de las facultades de control que a la Administración corresponde en la organización y prestación del servicio”⁵⁹⁵.

Pero, ¿cuándo debe ponerse en marcha el mecanismo de reequilibrio económico del contrato? Y ¿cuáles son las técnicas existentes para alcanzar dicho objetivo?

Hay que apuntar que en el pasado cierta doctrina, ha pretendido limitar la aplicación del

⁵⁸⁹E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 682

⁵⁹⁰ En atención al carácter de colaborador que tiene el contratista G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 294;

⁵⁹¹ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 201.

⁵⁹²I. GALLEGO CÓRCOLES, “Fuerza mayor en el contrato de obras”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 28, febrero, 2004., p. 45.

⁵⁹³ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit.p. 129.

⁵⁹⁴L. J. PAREJO ALFONSO, “¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978”, cit., p. 455.

⁵⁹⁵ Dictamen del Consejo de Estado, de 4 de febrero de 1960 (núm. 25728).

mantenimiento del equilibrio económico a los supuestos de modificación unilateral, pero no a las causas imprevisibles⁵⁹⁶. Hoy esa situación parece superada y el principio de equilibrio económico debe entenderse en sentido amplio. Opinamos junto con VILLAR cuando defiende que los supuestos en los que entra en juego el equivalente económico son tres: la modificación unilateral, el *factum principis* y riesgo imprevisible⁵⁹⁷. El Consejo de Estado describe a la perfección esta situación con una formulación constantemente repetida:

“IV. Sentado lo anterior, la cuestión de fondo que suscita el presente expediente consiste en determinar si procede o no acceder a la compensación solicitada por el contratista. Debe comenzarse por señalar que todo contrato establece una relación jurídica entre las partes (relatividad del contrato), que es, como regla general, inalterable y obligatoria (artículos 1254, 1256 y 1258 del Código Civil). En el caso del contrato administrativo de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución del contrato se hace "a riesgo y ventura del contratista" (artículo 98 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), sin que a la Administración "le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir", por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor.

En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución, incluso de su pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor. La referida regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista. Y la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista. Lo que si hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios que no es sino una técnica directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla del riesgo y ventura del contratista no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero.

El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Pero la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"), onerosidad que puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración

⁵⁹⁶ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente...* op cit. p. 247 se pronuncia en ese sentido: sólo variaciones unilaterales. Este es el alcance según el autor que tiene el principio según el art. 74 LCE; y arts. 49, 50 y 53. Lo mismo se deduciría del artículo 163 LCAP.

⁵⁹⁷ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, "El principio de riesgo y ventura", cit., p. 543; la principal manifestación de ello es la revisión de precios, aceptada en ocasiones de riesgo imprevisible sin estar pactada. Así, las sentencias sobre litigantes asfálticos, STS 12 diciembre de 1979 (Ar. 4346), STS 16 septiembre 1988 (ar. 7046), STS 17 diciembre 1997 (Ar. 282), STS 9 marzo 1999 (Ar. 2888) que establecen una doctrina generalizable a otros supuestos encuadrables en concepto de riesgo imprevisible. Parece deducirse, según el autor, que i) en la contratación pública prevalece la justicia sobre la seguridad; ii) debe respetarse el equilibrio económico del contratista; iii) la doctrina del rebus sic stantibus conduce a la compensación y no a la rescisión.

("factum principis"), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. (...)”⁵⁹⁸

En términos generales se trata de un conjunto de figuras que no son desconocidas para el Derecho civil, pero que en el administrativo encuentran mejor acogimiento, lo cual deja al contratista de la Administración en mejor situación que la del privado⁵⁹⁹. En su momento estudiaremos estas instituciones, que hoy se configuran como supuestos que habilitan la modificación del contrato.

Una vez se conocen los supuestos que ponen en marcha la necesidad de restablecer el equilibrio económico, es momento de estudiar de qué manera se alcanza ese objetivo, esto es, cuales son las técnicas o mecanismos jurídicos existentes para restablecer el equilibrio económico. Los mecanismos que tradicionalmente se han utilizado para mantener el equilibrio económico tras el acaecimiento de una de las anteriores circunstancias han sido: la revisión de precios, la modificación de las condiciones objetivas del contrato y la compensación económica.

Interesa ahora diferenciar su régimen según se trate de mecanismos convencionales, mecanismos legales o mecanismos extraordinarios.

Como regla general habrá que estar a **los mecanismos convencionales que el propio contrato haya establecido**. Ello es acorde al espíritu del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pactos. Por ejemplo, en un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital Universitario del Henares se introduce una cláusula según la cual, a partir de cierto incremento en las operaciones de restauración y esterilización de material (que se miden por intervenciones quirúrgicas), el concesionario tiene derecho a ajustar la cuantía recibida⁶⁰⁰.

O por ejemplo, al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, cuando el contrato fija cláusulas de revisión de precios, muchas veces anudadas a índices generales de precios o tablas de carácter público,

⁵⁹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 2738/2004, de 11 de enero de 2005.

⁵⁹⁹ En este sentido J. A. MORENO MOLINA; F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª, La Ley, Madrid, 2010., p. 581.

⁶⁰⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 10/06/2015 (Ar. 182100; MP:Gustavo Lescure Ceñal).

las llamadas “cláusulas de índice”⁶⁰¹. La fórmula de revisión debe mantenerse a lo largo de la ejecución del contrato, ya que en otro caso podría vulnerarse las normas sobre modificación de contratos, en la medida en que supone una variación del riesgo asumido y del precio⁶⁰².

También es un caso típico de mecanismo convencional el incluir en los pliegos de contratos de gestión de servicio público de agua, donde suele recogerse la posibilidad de dar una compensación para cubrir el coste del servicio cuando se produzca una ruptura del equilibrio⁶⁰³.

Si el contrato no fija mecanismo alguno, habrá que estar la existencia de posibles **mecanismos legales**, es decir a lo que establezca la ley, que en ocasiones puede contener mecanismos de adaptación, o incluso preferir unos sobre otros. Precisamente fue a través de estos mecanismos legales excepcionales como se dio entrada a la estabilización de precios en momentos excepcionales en que éstos sufrieron alzas de gran magnitud.

Un ejemplo de mecanismos legales cuyo objeto es el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato son las medidas que se aprobaron para cubrir las pérdidas, de origen diverso, de las concesionarias de autopistas. Así, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que en su DA 41ª y 42ª recogen mecanismos para materializar el equilibrio económico de las concesiones, habilitando un mecanismo de préstamos participativos del Estado por los sobrecostes expropiatorios que excedan del 175% de las cantidades previstas por la concesionario en su oferta, y se reconoce el derecho al reequilibrio por obras adicionales ya ejecutadas. O la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, en cuya DA 8ª se contiene un mecanismo de compensación parcial y transitorio a favor de

⁶⁰¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 662/2004; al respecto hay que tener en cuenta la modificación operada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

⁶⁰² JCCA 7 junio 2004 núm. 59/2003.

⁶⁰³ Ejemplo en la reclamación de la Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, núm. 137/2015 de 18 de junio (Ar. 264951): “En este pleito se reclama la subvención contractualmente prevista, aduciendo que efectivamente existe un desequilibrio económico financiero provocado por la decisión el ayuntamiento de no actualizar las tarifas del servicio a los consumidores en los ejercicios 2011 a 2013, pues en 2008 y 2009 sí se atendió la actualización. Y, el desequilibrio, se produce, también, por el incremento imprevisto en los costes de adquisición del agua en alta dado que el Gobierno de Cantabria ha modificado el método de cálculo y facturación a partir de 2010 al introducir dos factores que impide la corrección del equilibrio mediante la mera aplicación el IPC interanual.”

concesionarias de autopistas de peaje con niveles de tráfico muy inferiores a los inicialmente previstos⁶⁰⁴.

Los mecanismos legales suelen ser de carácter excepcional y limitado, acotando en el propio texto su alcance objetivo y subjetivo.

Ahora bien, en caso de que no se establezcan mecanismos de adaptación ni en el clausulado del contrato ni en la norma, habrá que acudir a **mecanismos extraordinarios** como la compensación. Esta compensación variará según el caso, siendo en unas ocasiones integral y, en otras, parcial. Por ejemplo, en los casos de fuerza mayor en la contratación administrativa, el contratista tiene derecho a la reparación integral, mientras que en casos de riesgo imprevisible, el riesgo es compartido por ambos contratantes y, por tanto, la compensación no puede alcanzar la totalidad del desajuste producido.

Con independencia de qué tipo de mecanismo se trate, su reclamación deberá hacerse mediante el procedimiento administrativo correspondiente, que variará en complejidad según el contrato ante el que estemos⁶⁰⁵. Así, la revisión de precios de un contrato de servicios profesionales, v.g jurídicos, se limitará a comprobar el aumento o disminución del IPC anual. En cambio, la revisión de precios de un contrato de obra requerirá mayores esfuerzos. En todo caso, dado que la reclamación tiene naturaleza contractual, tal como ha insistido el Consejo de Estado⁶⁰⁶, debe seguirse el procedimiento fijado en el artículo 97 RGLCAP⁶⁰⁷, que aborda la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos.

Artículo 97. Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos

Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales,

⁶⁰⁴ Se establece la creación de una cuenta de compensación. “Hasta el año 2018, inclusive, la sociedad concesionaria consignará anualmente, en la cuenta de compensación, la diferencia entre los ingresos de peaje que se hubieran producido de haberse alcanzado el 80 por 100 del tráfico previsto en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación por dicha sociedad y los ingresos de peaje reales”.

⁶⁰⁵ Las STS 24 marzo 2009 (Ar. 2853) y STS 16 mayo 2011 (autopista) tras estimar el petitum del contratista consideran que el derecho al restablecimiento económico debe concretarse a través de la incoación de procedimiento específico de restablecimiento.

⁶⁰⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 1078/2004, de 20 de mayo de 2004.

⁶⁰⁷ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato.

El carácter contractual de las reclamaciones conlleva que se aplique el plazo de la LGP en lugar de aplicar el más reducido de un año existente en la responsabilidad extracontractual⁶⁰⁸.

Vistos los elementos comunes, estudiemos ahora de manera algo más detallada el mecanismo de modificación del contrato como medio para restablecer el equilibrio del contrato. Se entiende, claro, que se trata de la modificación de algún elemento objetivo del contrato, normalmente precio, canon, tarifas o plazo. La elección de un tipo u otro puede estar en el contrato o ser fijado por la Administración, ya que la ley le da cierta libertad de elección. Un buen ejemplo de los mecanismos al alcance de la Administración para restablecer el equilibrio son los que la propia ley fija para el caso de la concesión de obras públicas en el artículo 258.3 TRLCSP:

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la **adopción de las medidas que en cada caso procedan**. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas** establecidas por la utilización de la obra, **la reducción del plazo concesional**, y, en general, en **cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico** incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá **prorrogarse el plazo de la concesión** por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente **asegurará los rendimientos mínimos acordados** en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

Y en el mismo sentido para los contratos de gestión de servicios públicos, el artículo 282.5 TRLCSP:

⁶⁰⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 295/2004, de 25 de marzo de 2004.

5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante **la adopción de las medidas que en cada caso procedan**. Estas medidas podrán consistir en la **modificación de las tarifas** a abonar por los usuarios, **la reducción del plazo** del contrato y, en general, en cualquier **modificación de las cláusulas de contenido económico** incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá **prorrogarse el plazo** del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente⁶⁰⁹.

Vistas las distintas técnicas para restablecer el equilibrio, debemos preguntarnos si la entidad adjudicadora tiene libertad de elección entre éstas.

En el ámbito concesional parece presidir un principio de libertad de técnica de reequilibrio, limitado claro a lo que establezcan los pliegos. Pero “la amplitud y el rigor con que aparece establecida en esa regulación general [LCAP y Ley 8/1972 entonces] la exigencia de mantenimiento de la ecuación económica del contrato impide aceptar limitaciones no expresamente establecidas sobre las fórmulas de compensación económica al concesionario”...”si la modificación contractual afecta a uno de los elementos del contrato, el equilibrio podrá lograrse alterando cualquier otro elemento de la misma índole económica”⁶¹⁰.

Ahora bien, insistimos en que los mecanismos utilizados están limitados a los que se hubiesen previsto en los pliegos, no siendo posible acudir a otros no previstos, que podrían tener impacto en el principio licitatorio⁶¹¹. Y es que la libertad de técnica de reequilibrio puede encontrarse limitada por los principios de la contratación. Así, el Tribunal Supremo considera que la compensación del incremento de costes derivados de una modificación unilateral que amplía el servicio no puede ser la prórroga del contrato si ello no se ha establecido así en los pliegos ya que ello “llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública”⁶¹².

⁶⁰⁹ El 4.b) hace referencia a actuaciones de la Administración que desequilibran el contrato; y el 4.c) a la fuerza mayor.

⁶¹⁰ STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén).

⁶¹¹ STS, Sala Tercera, 08/10/2014 (EDJ 2014/180814; MP: Celsa Pico Lorenzo).

⁶¹² STS, Sala Tercera, 25/05/2006 (EDJ 2006/83915; MP: Santiago Martínez-Vares García).

Y no sólo por los principios de la contratación, sino también por la definición de determinadas figuras contractuales. Así, habrá que preguntarse de qué manera afecta el principio de equilibrio a los requisitos de traslado de riesgos que exige el Derecho europeo en materia de concesiones⁶¹³.

Por último, señalar que la técnica de equilibrio a aplicar no puede ser impuesta por la jurisdicción. Así, cuando la demandante solicita el pago en metálico como única fórmula compensatoria viable y la Sala considera que “es a la Administración, y no a este Tribunal, al que le corresponde la adopción de las medidas, de entre las posibles, que considere más conveniente, por lo que, en este particular, procede acoger la pretensión subsidiaria⁶¹⁴.

⁶¹³ M. FUERTES LÓPEZ, “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)”, cit.

⁶¹⁴ STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19/03/2015 (Ar.518; MP: Jesús María Arias Juana)

CAPÍTULO 3: CAUSAS DE LA MODIFICACIÓN Y SOLUCIONES HASTA AHORA PROPUESTAS

Hasta ahora el trabajo ha estudiado el marco en el que se produce la modificación y las razones por las que es un problema. Es momento de estudiar las causas que se encuentran en el origen de ésta.

El estudio de las causas es una constante en todos los textos sobre la modificación de los contratos, ya se trate de textos jurídicos, económicos o de gestión de proyectos. Esta obsesión por tratar de arrojar luz sobre las causas de la modificación denota que se trata de un problema que todavía no ha sido superado. Llama la atención como siguen produciéndose variaciones sustanciales entre lo acordado y lo realizado, a pesar de que las causas son estudiadas una y otra vez.

El estudio de las causas está presente ya desde los orígenes históricos del problema. A modo de ejemplo, en 1854 desde las páginas de la Revista de Obras Públicas se indican algunas de las causas que provocan la variación hasta del proyecto “mejor estudiado”. Entre otras, se apunta a la fluctuación en la marcha de los pagos, el desconcierto en las mal llamadas “campañas de obras públicas”, el tiempo que transcurre entre la proyección y la ejecución de la obra, la variación de jornales y precios elementales producidos, o las modificaciones necesarias al poner en práctica lo proyectado, ya sea por los terrenos, las fuentes y manantiales ocultos⁶¹⁵. Añaden otros autores más causas posibles, como la creciente profesionalización de los contratistas, que están cada vez más preparados para reclamar a la Administración⁶¹⁶.

La Comisión Europea apuntó hace ya algunos años cuales eran las causas más habituales que producían alteraciones durante la ejecución de un proyecto. Se basó para ello en los proyectos realizados con fondos FEDER:

Tabla 6: Causas que afectan a la ejecución de los proyectos

Causas	
Características imprevisibles	Problemas de financiación
Cambios en la concepción del	Contratistas inadecuados

⁶¹⁵ Autor desconocido, "Aumentos de obra", en *Revista de Obras Públicas*, núm. 23, 1854, pp. p. 287 y ss.

⁶¹⁶ MONTERDE, A., "Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras", en *Revista de Obras Públicas*, junio, núm. 11, 1875, p.124.

Mala dirección del proyecto	Tipo de cambio
Precio del terreno	Falta de material y maquinaria
Fuerza mayor	Cargas por inflación

Fuente: COMISIÓN EUROPEA (1998)⁶¹⁷

De manera más extensa, MAJID y McCAFFER identifican 12 causas que influyen en la alteración de los contratos y sus factores asociados, de los cuales sólo incluimos algunos como ejemplos:

Tabla 7: Causas y factores de los retrasos que afectan a la ejecución

Causa	Factores (selección)
Retrasos relacionados con el material	Comunicación ineficiente Proveedor incumplidor
Retrasos relacionados con la fuerza de trabajo (incluye la escasez de personal)	Baja motivación; absentismo Falta de experiencia del personal Huelga
Retrasos relacionados con el equipamiento	Averías en el equipamiento Equipamiento inapropiado
Problemas financieros	Plan financiero deficiente Retrasos en los pagos
Deficiente planificación	Falta de experiencia Escasez de medios
Falta de control	Contrato deficiente, Procedimientos de control inapropiados
Inadecuada supervisión	Insolvencia del subcontratista Escaso control en la ejecución
Deficiente coordinación y comunicación	Procedimientos inapropiados Falta de experiencia
Inadecuada supervisión	Demasiadas responsabilidades Escasa planificación
Métodos de construcción erróneos	Inapropiada distribución de los fondos Escasez de medios

Fuente: MAJID y McCAFFER (1998)⁶¹⁸

En España, el profesor GANUZA analiza los sobrecostos de 1993 para obras de más de

⁶¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comprensión y seguimiento de los factores que determinan los costes en los proyectos de infraestructuras*, Bruselas, 1998.

⁶¹⁸ M. Z. . MAJID; R. McCAFFER, "Factors of Non-Excusable Delays That Influence Contractors' Performance", *Journal of Management in Engineering*, vol. 14, 3, 1998.

500 millones de pesetas e identifica las siguientes causas:

Tabla 8: Causa de los sobrecostos Obras > 500 mill. Ptas. (1993)

Causa de los sobrecostos)	Porcentaje
Corrección de defectos del proyecto	43,01%
Mejoras del proyecto original	19,67%
Cambios debidos a solicitudes externas	12,21%
Cambios debidos al organismo contratante	10,18%
Regularización de urgencias y accidentes	5,97%
Cambios de normativa	5,16%
Cambios debidos a otros organismos	0,68%
Otras causas indeterminadas	3,12%
Total	100, 00%

Fuente: GANUZA (1997)⁶¹⁹

Todas estas causas coinciden con los motivos que la doctrina suele dar para explicar los modificados. Normalmente, incluso, para simplificar la explicación se acude al binomio de modificaciones no excusables *versus* excusables⁶²⁰.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la relación causal no es absoluta, esto es, que varias causas suelen explicar la existencia de alteraciones en los contratos. Por ejemplo, un contrato adjudicado a una oferta temeraria podría ser la causa principal que motive el modificado, pero la picaresca del contratista encontrará cobijo en las carencias de control. Es decir, que ni todas las causas están siempre presentes ni sólo una causa explica las alteraciones producidas, siendo muy habitual la concurrencia de causas.

Por ejemplo, en el Dictamen 1280/1994 del Consejo de Estado, se recoge un caso en que el contrato de acondicionamiento de una carretera aumenta su presupuesto de cerca de dos mil millones de pesetas hasta los cuatro mil doscientos (116%), y ello en base a distintas causas:

⁶¹⁹ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

⁶²⁰ L. MEREWITZ, *Cost Overruns in Public Works*, cit.

Las modificaciones contempladas tienen distinta naturaleza, a saber: Unas están orientadas a adaptar el proyecto a las disposiciones legales (Ley de Carreteras y normas técnicas de proyectos de carreteras) aprobadas con posterioridad a la redacción del proyecto; a asegurar su coordinación con otras obras públicas previstas, en concreto, con la presa de Rules en el río Guadiaro, cuyo embalse afectará a la parte final del trazado de la carretera y a permitir que la carretera pueda servir en el futuro como parte de la Autovía Granada-Motril, lo que comportará un importante ahorro en su momento. Otras modificaciones tienen por objeto dar solución a problemas geotécnicos apreciados al momento de ejecutar las obras. Entre las primeras se prevé la construcción de cinco estructuras para pasos a distinto nivel y cuatro caminos de servicio, la mejora de planta y alzado de la carretera y un aumento de las explanaciones. Entre las segundas, por su parte, se contempla la variación de los sistemas de cimentación y excavación, y, por último, la ejecución de 12 desvíos para mantener el tráfico durante las obras.⁶²¹

Esta multicausalidad es la que empuja al autor de la presente Tesis a defender una perspectiva integral de la modificación de los contratos públicos. Siendo coherentes con el encuadre del objeto del trabajo que hemos llevado a cabo deberíamos dejar fuera de la explicación aquellas causas que se producen fuera de la fase de ejecución. Sin embargo, no puede pretenderse acabar con los problemas que de ella se derivan sin actuar sobre cada una de sus causas. Es momento, pues, de procesar toda la información estudiada y trazar un mapa de las causas utilizando las diferentes fases del proceso de contratación. A medida que desgranamos las causas también se estudian las soluciones que se han aportado.

3.1. Causas y soluciones relativas a la fase de preparación

3.1.1. La decisión de contratar y las estimaciones deficientes: ¿Fallo o engaño?

Respecto a la planificación de los proyectos, se considera que una planificación deficiente es la causa que provoca en mayor medida los sobrecostos en los proyectos. El Consejo de Estado español, por ejemplo, apunta que “una gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos son directamente referibles a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto”⁶²². Pero, ¿por qué sabiendo que la causa de muchos modificados es la mala planificación no se dedican más recursos a esta fase? ¿Cómo puede ser que en plena época de la gestión eficiente sigan ocurriendo los mismos fallos que siempre? Sin duda, no deja de sorprender que esto siga ocurriendo si

⁶²¹ Dictamen del Consejo de Estado, 1280/1994, de 14 de julio de 1994.

⁶²² Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 153; en la Memoria de 2001 señala que en no pocos casos la causa de las dificultades y demoras habidas en la realización de las obras se deben a las deficiencias del proyecto base y al insuficiente estudio previo llevado a cabo (p. 156).

teóricamente se han asumido en lo público pautas de gestión hasta ahora desconocidas: resultados, objetivos, control de riesgos, etc. Es la llamada “*performance paradox*”⁶²³.

En el estudio global que mencionamos con anterioridad, el profesor FLYVBJERG y su equipo llegan a la conclusión de que la mayoría de los modificados en los grandes proyectos son fruto de una **toma de decisión y planificación deficiente**, y no debido a causas técnicas. Esto se deduce del propio estudio, al observar dos hechos: i) que en los casi 80 años que cubre el estudio no se aprecia una mejoría en la previsión de errores, lo cual choca si tenemos en cuenta el increíble avance de la tecnología⁶²⁴; ii) que los errores técnicos e imprevistos darían pie no sólo a la subestimación de costes, sino también a la sobrestimación, y sin embargo ésta rara vez se produce⁶²⁵.

Al descartar las razones técnicas como causa principal de los modificados, el autor se centra en la toma de decisión⁶²⁶. Y aquí entran en juego dos teorías: que la deficiente estimación se produzca por error o que la deficiente estimación se produzca como consecuencia de un comportamiento estratégico. Ambas acaban generando proyectos deficientes que, por ejemplo en España, son causa de 4 de cada 10 modificaciones⁶²⁷.

En el primero de los casos, se considera que la planificación está sesgada debido a un mecanismo existente en la toma de decisión del ser humano: el optimismo inherente. Ello da lugar a que se hable de la “falacia del planificador” según la cual quienes toman decisiones suelen auto-engañarse al sobrestimar los beneficios y subestimar los costes⁶²⁸. El planificador toma una decisión que no es la apropiada ya que no ha sido capaz de combatir las tendencias subjetivistas de toda decisión (“*delusion biases*”).

⁶²³ Que en época del “New Public Management”, preocupada por los resultados y la evaluación, siga ocurriendo ésto ha sido calificado como de “performance paradox” por B. FLYVBJERG, *Megaprojects and risk*, cit., p. 3; también ver obra MORAN, “Not steering but drowning: policy catastrophes and the regulatory state”, *Political Quarterly* 72, p. 415: el autor se pregunta “Why is the age of the regulatory state also the age of policy catastrophe?”.

⁶²⁴ B. FLYVBJERG Y OTROS, “Underestimating Costs in Public Works Projects”, cit., p. 286-287.

⁶²⁵ Una excepción es el caso de Holanda, donde la sobrestimación es más habitual que la subestimación CANTARELLI Y OTROS, “Geographical Variation in Project Cost Performance”, cit.

⁶²⁶ B. FLYVBJERG Y OTROS, “Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects”, cit.

⁶²⁷ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.; ver tabla en la introducción al presente capítulo.

⁶²⁸ La falacia del planificador es una teoría desarrollada por el premio Nobel Daniel Kahneman. Ver LOVALLO, Y KAHNEMAN, (2003) *Delusions of success: How optimism undermines executives’ decision*, in *Harvard Business Review*, 81,7, p. 56-63.

Para solucionar este tipo de problema, se proponen el uso de referencias de planificación (“*reference class forecasting*”, traducido como pronósticos de referencias por clase) que vinculen al planificador en su toma de decisión. Estas referencias pueden ser proyectos similares o la experiencia anterior del planificador⁶²⁹. De esta manera se obtiene una visión externa del proyecto o contrato que sirve para contrastar con la visión interna o subjetiva. Otra forma de objetivizar esa visión subjetiva es adoptar un punto de vista probabilista en lugar de dar por definitiva una cifra. Con dichas probabilidades la decisión será de mejor calidad en la medida en que permita al político o al técnico encargado decidir si de verdad quiere asumir dichos riesgos. Son muchos los países que utilizan este tipo de análisis *ex post* para tomar decisiones *ex ante*. En el ámbito de las infraestructuras las referencias se exigen siempre en Reino Unido⁶³⁰; ejemplo de ello son las revisiones en grupo que se llevan a cabo en el marco del llamado *Gateway method*⁶³¹. En Estados Unidos el uso de referencias es el método recomendado por la influyente *American Planning Association*⁶³² y la propia GAO recomienda su utilización⁶³³. A nivel transnacional, el Banco Mundial también diseña un sistema similar para conocer el coste de los proyectos en los que invierte. Por ejemplo, para los proyectos de carretera se crea el sistema ROCKS (por las siglas en inglés de Road Cost Knowledge System) que mide el coste por kilómetro o el coste por metro cuadrado. Dentro de dicho coste incorpora costes como la pavimentación y drenado, las estructuras, los imprevistos, los impuestos; pero se excluyen otros muy importantes, pero también volátiles como la adquisición de terrenos.

Ocurre sin embargo que en España las normas no imponen hacer uso de estas técnicas. El Consejo de Estado español recalca una y otra vez “la necesidad de que los proyectos se elaboren adecuadamente, con los estudios previos indispensables que garanticen tanto su corrección técnica como su procedencia en función de las necesidades reales de la

⁶²⁹D. LEAVITT; S. ENNIS; P. MCGOVERN, *The Cost Escalation of Rail Projects: Using Previous Experience to Re-Evaluate the CalSpeed Estimates*, Institute of Urban and Regional Development, University of California, Berkeley, California, 1993.

⁶³⁰ HM TREASURY, *The Green Book: Appraisal and Evaluation in Central Government* (London: Treasury Guidance TSO, 2003); la NAO 2007: trata de homogeneizar las estimaciones y obliga a tener en cuenta determinados aspectos como son los impuestos, la inflación, un porcentaje para imprevistos –que dependerá del proyecto y que oscila entre un 3 y un 45%.

⁶³¹M. SYKES; T. HARTLEY, “Procurement Transformation in Canada and the United Kingdom”, en *International Public Procurement Conference Proceedings*, 2006; Más adelante veremos los nuevos modelos de contratación diseñados para frenar los sobrecostes.

⁶³² Ver el repaso que hace RGL FORENSICS Y OTROS, *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, cit., p. 55.

⁶³³ GAO, *Cost estimating and assessment guide: best practices for developing and managing capital program costs*, 2009.

Administración (y, por tanto, del interés público)”⁶³⁴. Pero la realidad es distinta. Pensemos en el caso de los incrementos de coste debidos a las expropiaciones de terrenos necesarios para la construcción. Es una práctica habitual establecer precios menores a los que se sabe que finalmente se tendrá que pagar⁶³⁵, así por ejemplo en el caso de las autopistas radiales, donde se pasa de 387 a 2.190 millones de euros⁶³⁶. O en el caso de la Carretera M-407, Tramo M-404 hasta M-506, en el que la concesionaria Madrid 407 Sociedad Concesionaria, S.A presenta solicitud de requilibrio ya que las expropiaciones: en su oferta era de 3,2 millones (en base a informe realizado por asesor independiente) y finalmente acabó siendo de 12,2 millones⁶³⁷.

Además de los errores en la planificación debidos a una mala estimación, también debe estudiarse el caso de las deficiencias en la planificación cuando se deben a comportamientos estratégicos de los gestores públicos como medio ver aprobados sus proyectos. Políticos y planificadores tratan de redactar un proyecto que vaya a ser aprobado, ya sea por el órgano competente o por la opinión pública. WACHS calificó esta actitud como un auténtico engaño, en la medida en que el elemento político de la decisión de llevar a cabo el proyecto tiene mayor peso que el elemento técnico, haciendo que las cifras iniciales se adapten a lo que tiene más posibilidades de ser aceptado⁶³⁸. Por ejemplo, el ex-alcalde de San Francisco, Willie Brown, declaró en su columna del San Francisco Chronicle que “el hecho que el proyecto Transbay Terminal sea 300 millones superior a lo previsto no debe sorprender a nadie. Nosotros siempre supimos que la estimación real estaba muy por debajo del coste real. De la misma manera que lo sabíamos en el proyecto Central Subway o el Bay Bridge, o cualquiera de los grandes proyectos. En el mundo de la obra civil el primer presupuesto es solo un pago anticipado. Si la gente supiese el coste real desde el comienzo no se aprobaría nada. La idea es comenzar; comenzar a cavar un agujero tan grande que no haya más

⁶³⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 1992, p. 207.

⁶³⁵ STS, Sala Tercera, 04/02/2014 (Ar.1852; MP:Celsa Pico Lorenzo) recoge un caso en que los terrenos expropiados pasan de 72 a 402 millones de euros.

⁶³⁶ http://economia.elpais.com/economia/2015/02/28/actualidad/1425158223_511064.html (accedido en marzo 2015).

⁶³⁷ STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/06/2014 (Ar. 248060; MP:Margarita Pazos Pita).

⁶³⁸ M. WACHS, “When Planners Lie With Numbers”, *American Planning Association. Journal of the American Planning Association*, vol. 55, 4, 1989., p. 144. El autor entrevistó a numerosos planificadores y empleados públicos y llegó a la conclusión de que existía un patrón en la manera en que se aprobaban y se ejecutaban los proyectos: se pretendía siempre que los proyectos se adaptasen a las necesidades financieras para poder ser aprobados.

alternativa que traer el dinero suficiente para taparlo”⁶³⁹.

Es decir, que la renegociación de los contratos públicos pueden tener una causa política clara: sortear los controles administrativos y presupuestarios establecidos así como convencer a la opinión pública. Pero, también el competir por los fondos disponibles: al final, un proyecto con coste nominalmente menor tendrá más posibilidades de recibir el apoyo político suficiente⁶⁴⁰. Entre nosotros ARIÑO pone esto de manifiesto. Así, el autor argumenta que los “proyectos se elevaban para aprobación con presupuestos conscientemente inferiores a los reales, para después, mediante reformados, compensar al contratista por sus mayores costos. Era esto un subterfugio de política administrativa, empleado por los servicios para que se les aprobasen obras que, por su presupuesto real, dada la escasez económica de épocas pasadas, no serían aprobados nunca”⁶⁴¹.

La solución propuesta para evitar que esto suceda en los proyectos es bien conocida por los juristas: incremento de la responsabilidad pública gracias al control y la transparencia; junto a ello debe también potenciarse la responsabilidad privada a través de la competición y los mecanismos de mercado⁶⁴². Por ejemplo, si en Madrid la tendencia es a licitar contratos de limpieza urbana cada vez más extensos, llegará un momento que sólo una o dos empresas podrán competir, lo cual a su vez les permitirá forzar cambios contractuales en su beneficio.

Otra solución es la defensa de la planificación técnica frente a la decisión política. Al final, el uso de referencias o de análisis coste beneficio va encaminado a una mejor toma de decisión, pero a la vez supone reducir el ámbito de la decisión puramente política. En España, la evaluación económica de los proyectos no está muy desarrollada, mitificándose siempre el impacto de estos proyectos en la economía sin interiorizar el coste de oportunidad de dichos recursos —por ejemplo, al elegir nueva construcción en lugar de rehabilitación, o la última tecnología en vez de tecnología media⁶⁴³.

⁶³⁹ <http://www.sfgate.com/bayarea/williesworld/article/When-Warriors-travel-to-China-Ed-Lee-will-follow-4691101.php> (accedido en diciembre 2014) [traducción propia].

⁶⁴⁰ B. FLYVBJERG Y OTROS, “Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects”, cit.

⁶⁴¹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 130.

⁶⁴² B. FLYVBJERG, “Survival of the unfittest: why the worst infrastructure gets built—and what we can do about it”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 25, 3, 2009., p. 359.

⁶⁴³ O. BETANCOR; J. VALIDO, *Manuales y procedimientos para la evaluación de proyectos de transporte*, 2009., p. 28.

Este conjunto de teorías y soluciones debe también extenderse a la fase de ejecución, donde las decisiones políticas pueden favorecer el surgimiento de sobrecostos. La decisión de mantener activo un proyecto que está generando grandes pérdidas puede no siempre deberse al interés general, sino perseguir objetivos particulares. No siempre resulta fácil justificar el fracaso de un proyecto, y siempre será sencillo escudarse en el desembolso ya realizado (los llamados “*sunk costs*”)⁶⁴⁴.

3.1.2. El diseño de la relación contractual como causa de la modificación: la distribución de riesgos.

El capítulo que ahora comienza se centra en el diseño del contrato como causa de la modificación. A la hora de diseñar el contrato son varios los elementos que pueden ser causa de modificación posterior. Ciertamente es que no son causa directa, pero pueden servir de abono para que estas florezcan. Estudiamos a continuación el impacto sobre la modificación de las decisiones de qué contratar y la distribución de los riesgos, incluyendo esto último las distintas fórmulas contractuales, los sistemas de fijación de precio y las garantías para asegurar la correcta ejecución.

El primer elemento a la hora de diseñar el contrato es el objeto del contrato, esto es, qué se va a contratar⁶⁴⁵. No será lo mismo contratar el suministro de bolígrafos de los distintos Ministerios que licitar un contrato de colaboración público-privada en el que se prevean multitud de servicios tiene más posibilidad de necesitar ser modificado durante su ejecución. El Reino Unido, por ejemplo, en su nuevo acercamiento al fenómeno de la financiación privada (el llamado PF2 sustituye al PFI) recomienda la simplificación de los contratos⁶⁴⁶ como medida para evitar los riesgos y los sobrecostos. En efecto, un aspecto clave que influye en el tipo de relación que se produce es la especificidad del objeto del contrato⁶⁴⁷. Si el objeto del contrato es algo específico posiblemente la entidad pública se vea forzada a

⁶⁴⁴ Un fenómeno que también se conoce como “Concorde fallacy” ya que dicho proyecto se prolongó innecesariamente muchísimos años a costa de los contribuyentes ingleses y franceses. DAWKINS y BROCKMAN, “Do digger waps commit Concorde Fallacy?”, *Animal Behaviour* 28, 1980.

⁶⁴⁵ Aquí nos referimos a diseño del contrato siendo conscientes que la decisión de qué contratar se toma en la fase preparatoria y por tanto estará ya decidido en los pliegos.

⁶⁴⁶ M. BURNETT, “Current Private Finance Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom - How Should It Be Measured, The”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 7, 2012, p. 2.

⁶⁴⁷ ESSIG Y BATRAN, “Public-private partnership—development of long-term relationships in public procurement in Germany. *Journal of Purchasing & Supply Management* 11(5–6), 2006, 221–231.

negociar (“efecto lock-in” que también estudiábamos en el ámbito económico)⁶⁴⁸, ya que salir del contrato sería caro.

Un claro ejemplo de cómo puede afectar el objeto del contrato a la modificación es el caso de los contratos de “concurso de proyecto y obra” (design-build) en los que el licitador presenta proyecto y construye la obra, todo de acuerdo a las bases sentadas en el pliego⁶⁴⁹. Por un lado, el contratista no podrá reclamar los defectos del proyecto al haberlo elaborado él mismo. Por otro, en la práctica el contratista fija los precios de las unidades, algo que ocurre cuando no hay competencia real, como ocurre cuando el adjudica antes de haber elaborado el proyecto completo. Es una fórmula contractual que lo que busca es acortar los plazos.

Otro elemento central del diseño del contrato es la distribución de los riesgos. La distribución de los riesgos es uno de los aspectos más importantes de la contratación pública actual, en la medida en que la adecuada transferencia de éstos al contratista es lo que justifica acudir a formas contractuales complejas⁶⁵⁰. Sin embargo, su mala gestión puede emerger como una de las causas de la modificación de contratos⁶⁵¹. En muchas ocasiones, con el fin de atraer candidatos, la entidad adjudicadora elabora unas condiciones bajo las cuales asume mayores riesgos que el contratista e incluso a veces llega a actuar como una aseguradora de riesgos, lo cual pueden provocar que el inversor privado no asuma todas las cautelas posibles, ni a la hora de invertir inicialmente, ni a la hora de ejecutar el contrato.

La regla general se establece que los riesgos deben recaer en la parte contratante que mejor y más barato los pueda controlar⁶⁵². En palabras de KLEIN, para prevenir renegociaciones

⁶⁴⁸ C. LONSDALE, “Post-Contractual Lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI)”, cit.

⁶⁴⁹ Vinculación entre esta fórmula de contratación y la modificación en Dictamen del Consejo de Estado, 454/1996, de 8 de febrero de 1996.

⁶⁵⁰ J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011”, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012., p. 1313: la transferencia del riesgo es lo que justifica mecanismos diferentes al puro contrato de obra.

⁶⁵¹ Así se pronuncia, por ejemplo, S. L. SCHOONER, “Desiderata: objectives for a system of government contract law”, cit.p. 105.

⁶⁵² T. IRWIN; M. KLEIN; G. E. PERRY; M. THOBANI, “Managing government exposure to private infrastructure risks”, *The World Bank research observer*, vol. 14, 2, 1999., p. 234: son dos los factores que deberían considerarse a la hora de asumir riesgos: uno, el grado de influencia o control que se tiene; dos, la habilidad o capacidad de soportar riesgos. Y a estos dos factores se le suman tres elementos fundamentales: los incentivos para reducir el riesgo, el coste de transacción derivado de la asunción del riesgo, y la credibilidad

innecesarias debe establecerse en el contrato los adecuados acuerdos de partición de los riesgos⁶⁵³.

En determinadas figuras contractuales la transferencia de riesgos emerge como elemento central para definir su naturaleza. Así, la nueva Directiva 2014/23 de concesiones considera que el riesgo soportado por el concesionario es un pilar de la propia definición de concesión. Habrá que ver en qué medida la entidad contratante asegura dicho riesgo a través de garantizar una rentabilidad o hacerse cargo de un porcentaje del precio que debieran pagar los usuarios (peajes en la sombra). Ello podría llegar a hacer desaparecer el riesgo de explotación lo que impediría calificar el contrato como de concesión⁶⁵⁴. Es decir, que el riesgo sustancial debe estar transferido al concesionario. Por ejemplo, en el asunto *Norma-A Dekan*, se establece que un contrato de servicio de transporte urbano de autobús, en la medida en que la entidad contratante compensa al prestador del servicio por las pérdidas de la explotación, es un contrato de servicios y no una concesión⁶⁵⁵.

A nivel estadístico también importa la distribución de riesgos. Para los contratos de colaboración público-privada, EUROSTAT tiene en cuenta los riesgos, esta vez para clasificar los activos como públicos o como no públicos, y por tanto para saber si deben contabilizarse en el balance de la Administración adjudicadora o no⁶⁵⁶. Será contabilizado fuera de balance cuando i) el socio privado asume el riesgo de construcción; ii) el socio privado asume al menos, o bien el riesgo de disponibilidad o bien el de demanda; iii) según las características de algunas cláusulas como las garantías o las cláusulas de pronta resolución del contrato.

En la contratación pública tradicional, la aplicación del riesgo y ventura provoca que el riesgo operacional por la ejecución del contrato recayera en el contratista. Sin embargo, a medida que los contratos se vuelven más complejos, aparecen nuevos riesgos que son distribuidos entre las partes por las cláusulas del contrato. En las concesiones, por ejemplo,

⁶⁵³ M. KLEIN, “Rebidding for concessions”, cit.; M. KLEIN, “Bidding for concessions”, *Research working paper*; no. WPS 1957, 1998.

⁶⁵⁴ Así en Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho comunitario, Bruselas, 12 de abril de 2000.

⁶⁵⁵ Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE ver M. FUERTES LÓPEZ, “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)”, cit.

⁶⁵⁶ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt - Implementation ESA 2010 2014 edition*

existen varios tipos de riesgo, siendo los más importantes los riesgos de construcción, de mantenimiento (u operación), de disponibilidad, de demanda, de financiación y políticos. Esta división se simplifica estableciendo tres tipos de riesgo: de construcción, de disponibilidad y de demanda⁶⁵⁷. También es útil la clasificación de ARIÑO ORTIZ, que observó un triple aleas que tiene que asumir el contratista: aleas administrativo (derivado del *factum principis* y de la *potestas variandi*), un aleas empresarial interno y un aleas económico o coyuntural de carácter externo⁶⁵⁸.

Asimismo, no hay que perder de vista que, según el trabajo realizado por KAPPERLER y NEMOZ, en el que se recoge información de 50 proyectos de carreteras europeos entre 2007 y 2009, existe una clara tendencia hacia la situación en la que los contratistas privados soportan menores riesgos⁶⁵⁹.

En todo caso, debe quedar claro que la distribución de riesgos está estrechamente conectada a la fórmula contractual elegida. Así, existen diferentes figuras contractuales que reflejan diferentes distribuciones de riesgos –siempre teniendo en cuenta que cada contrato puede fijar su propia distribución. Y es que, la elección de la forma de ejecución afecta a la ejecución del contrato⁶⁶⁰.

Por ejemplo, si el contratista diseña y proyecta la infraestructura que va a construir, los riesgos asociados a un mal proyecto serán transferidos de la Administración al contratista. Si, en cambio, el contratista se basa en el proyecto de la Administración, dichos riesgos no serán transferidos. En este sentido MERROW entiende que la manera más efectiva sería un sistema mixto mediante el cual se contratase por un lado el diseño del proyecto y por otro la construcción⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Ver un ejemplo aplicado a las infraestructuras de transporte en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Marcial Pons, 2010.; del mismo autor J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Colaboración público-privada, transferencia de riesgos y estabilidad presupuestaria”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*, vol. 352, 2012.

⁶⁵⁸ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 7 y ss.

⁶⁵⁹ KAPPERLER, A. AND NEMOZ, M. (2010). *Public-private partnerships in Europe, before and during the recent financial crisis. European Investment Bank, economic and financial Report.*; Tabla 3.2: The evolution of private operators remuneration schemes in EU road contracts between 2007 and 2009.

⁶⁶⁰ R. D. ELLIS; J.-H. PYEON; Z. HERBSMAN; E. MINCHIN; K. MOLENAAR, *Evaluation of alternative contracting techniques on FDOT construction projects*, Dept. of Civil and Coastal Engineering, University of Florida, 2007., p. 69. El autor estudia la contratación según las distintas fórmulas que se alcanzan combinando el Design, Build, Lease, Finance, Operate, Transfer.

⁶⁶¹ E. W. MERROW, *Industrial Megaprojects: concepts, strategies and practices for success*, Wiley and sons,

Es interesante notar respecto a la distribución de riesgos, que las concesiones que incluyen entre las cláusulas obligaciones de inversión por parte del concesionario se modificaron más (71%) que las que tan solo incluían la obligación de alcanzar unos indicadores de resultado (13%)⁶⁶²

Otro de los aspectos que está relacionado con la distribución de riesgos es la elección del sistema de fijación de precios. Existen dos grandes formas de fijar el precio, el precio de suma fija y el precio de coste reembolsable. Según qué fórmula se elija, se estarán estableciendo distintos incentivos de actuación para cada una de las partes y ello afectará a la ejecución del contrato⁶⁶³. Ambas formas están situadas en los extremos del espectro y entre ellas surgen una plétora de fórmulas para fijar el precio. Empecemos por estas dos y después hablaremos de las fórmulas intermedias.

El precio fijo (o *fixed price*) es el sistema por el cual el contratista recibe un precio invariable por ejecutar el contrato, independientemente del coste real soportado. Se trata de un sistema que permite obtener una mayor certidumbre sobre la inversión⁶⁶⁴. Llevado a su extremo, este tipo de contrato impide revisar los precios. Un ejemplo de ello es el llamado contrato a tanto alzado (por ejemplo, el contrato llave en mano) donde los riesgos recaen en el contratista⁶⁶⁵.

Ocurre, sin embargo, que suelen fijarse formas de revisión de precios a través de índices externos. Además, en no pocas ocasiones aunque un contrato se configure como de precio fijo acaba siendo modificado durante su ejecución. OUDOT en su tesis doctoral nos explica como en Francia, en los contratos examinados se da un sistema híbrido: teóricamente de precio fijo, pero que acaba siendo de reembolso de costes tras la renegociación de los contratos⁶⁶⁶.

2011.

⁶⁶² J. L. GUASCH Y OTROS, *Contract Renegotiations and Concessions in the Latin America and Caribbean Region: An Economic Analysis and Empirical Implications*, cit.

⁶⁶³ ARMSTRONG, M., COWAN S., VICKERS, S. (1994) *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, MIT Press; Laffont, Jean-Jacques and Tirole, Jean (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press.

⁶⁶⁴ J. M. OUDOT, “Choix Contractuels et Performances : Le Cas des Contrats d’Approvisionnement de Défense”, 2007, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris., p. 199 y ss.

⁶⁶⁵ Ver por ejemplo Dictamen del Consejo de Estado 514/2006 de 25 mayo 2006.

⁶⁶⁶ J. M. OUDOT, “Choix Contractuels et Performances : Le Cas des Contrats d’Approvisionnement de Défense”, cit., p. 148-149.

El coste reembolsable (llamado *cost reimbursement contracts*) los pagos se realizan en función del coste real de lo ejecutado. En ocasiones, a ese coste se le añade un margen de beneficio (sistema *cost plus*). En todo caso, que el precio no queda fijado en el momento de la adjudicación, sino que lo será al finalizar la ejecución. Se trata de un sistema mucho más flexible que el de costes fijos, pero también con mayor posibilidad de esconder abusos del contratista⁶⁶⁷. En Estados Unidos, por ejemplo, el Presidente Obama señala que este tipo de contratos sólo deben ser utilizados en casos extraordinarios, siendo la elección por defecto la del precio fijo⁶⁶⁸. Expresa así un cambio de tendencia que se observa en Estados Unidos en favor del precio fijo en los contratos.

Factores como la complejidad del proyecto⁶⁶⁹, o la reputación del contratista harán que la entidad adjudicadora elija un sistema u otro⁶⁷⁰.

Una fórmula intermedia que tiene cada vez mayor aceptación es el llamado precio fijo incentivado (o *incentive fixed price*) en el que se paga por el coste real de lo ejecutado hasta un límite máximo. A partir de ese límite será el contratista el que deberá asumir el coste de la ejecución⁶⁷¹.

El último punto que trata esta sección es el de la existencia de mecanismos que buscan asegurar el cumplimiento del contrato. Las garantías definitivas perviven hoy de la mano de otros mecanismos más sofisticados, v.g *performance bonds*. Según el caso, la presencia, ausencia o mala utilización de éstos puede facilitar la modificación de los contratos. Hay que pensar que la modificación del contrato es una negociación de carácter bilateral donde el diseño del contrato otorga un poder de negociación determinado. Por ello este tipo de

⁶⁶⁷ E. FEHR; O. HART; C. ZEHNDER, “Contracts as Reference Points—Experimental Evidence”, *The American Economic Review*, vol. 101, 2, 2011.

⁶⁶⁸ White House Press Office Presidential Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on Government Contracting, 4 marzo 2009: “there shall be a preference for fixed-price type contracts. Cost-reimbursement contracts shall be used only when circumstances do not allow the agency to define its requirements sufficiently to allow for a fixed-price contract”.

⁶⁶⁹ Y. KIM; T. . BROWN, “The importance of contract design”, cit. estudian contratos de varias agencias norteamericanas, observan que para proyectos largos y complejos se utiliza el método de coste reembolsable.

⁶⁷⁰ A. BANERJEE; E. DUFLO, “Reputation Effects and the Limits of Contracting: A study of the Indian Software Industry”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 54, 2000.(2000) consideran que cuánto mejor sea la reputación del contratista más confort existe para recurrir al coste variable.

⁶⁷¹ S. A. DUNNE; M. A. LOEWENSTEIN, “Costly Verification of Cost Performance and the Competition for Incentive Contracts”, cit. hablan sobre todos, pero se centran en el contrato de incentivos.

garantías pueden frenar comportamientos oportunistas a la hora de ejecutar un contrato⁶⁷².

El aspecto negativo de estos mecanismos (garantías, bonos, etc) es que encarecen el contrato ya que obligan al licitador a movilizar una serie de recursos financieros. Incluso pueden restringir la competencia en la medida en que no todos los potenciales candidatos pueden movilizar las sumas requeridas⁶⁷³.

Otra de las garantías de cumplimiento de un contrato es la imposición de penalidades en caso de incumplimientos contractuales.

En definitiva, la sección pone de manifiesto la importancia del diseño del contrato para que existan o no modificaciones posteriores. Así, un mal diseño del contrato puede erigirse como causa última de la modificación.

3.2. Causas y soluciones relativas a la fase de selección.

Si hasta ahora hemos analizado distintos aspectos de la fase de preparación y hemos comprobado cómo puede ésta provocar un mayor número de modificaciones, es momento de hacer ahora lo propio con la fase de selección del contratista. Una fase que está acotada entre dos momentos: da comienzo una vez que se publican los documentos bajo los cuales se va a realizar la licitación, y concluye con la selección del contratista. Son varios los aspectos que se estudian a continuación.

Primero, el método de selección como posible factor que potencie el número y magnitud de las modificaciones contractuales. Segundo, una vez elegido el método de selección, los requisitos que debe tener el contratista. En ese sentido se estudian los requisitos mínimos de solvencia técnica y financiera. Especialmente se estudia un criterio rodeado de cierta polémica, pero extremadamente útil para frenar las modificaciones: el rendimiento pasado del contratista. Por último, se analiza todo lo que concierne al precio de adjudicación, particularmente a la posibilidad de excluir una oferta por ser temerariamente baja.

⁶⁷² M. KLEIN, “Bidding for concessions”, cit.

⁶⁷³ En este sentido ver, A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit. ALBERT, p. 142 nota al pie 628

3.2.1. El método de selección

Sobre los distintos métodos de selección mucho se escrito. El eterno debate se mueve entre la mayor o menor discrecionalidad de la entidad adjudicadora para elegir al contratista y la posibilidad de que puedan existir negociaciones⁶⁷⁴. Esta discusión se plasma perfectamente en la tensión entre los procedimientos que admiten o no negociación. Respecto a la modificación de los contratos hay quien considera que mayor flexibilidad y posibilidades de negociación en la fase de adjudicación reducirían las modificaciones ya que dotaría de mayor exactitud al contrato⁶⁷⁵. En España, y utilizando el único estudio empírico disponible hasta la fecha, se observa que los datos corroboran esta afirmación. En el estudio empírico llevado a cabo por GANUZA se observan los siguientes datos:

Tabla 9: Relación entre sobrecostes y mecanismos de adjudicación; obras >500 mill de pesetas (1993)

	Nº Proyectos	Con Sobrecoste (sobrecoste medio)	Proy. con complementario	Coef. Adjudic (CA) ⁶⁷⁶ .	CA. tras trabajo adicional
<i>Concurso con Admisión Previa</i>	87 (33%)	97% (18%)	18%	0,89	1,16
<i>Subasta Admisión Previa</i>	48 (18%)	92% (18%)	48%	0,75	0,93
<i>Subasta</i>	11 (4%)	91% (15%)	36%	0,78	0,94
<i>Concurso-Subasta</i>	18 (7%)	83% (16%)	56%	0,72	0,90
<i>Concurso</i>	77 (29%)	62% (11%)	32%	0,92	1,05
<i>Contratación Directa</i>	24 (9%)	13% (1%)	4%	0,92	0,94
Total	265				

Origen: Tabla basada en el estudio GANUZA, 1997⁶⁷⁷

En efecto, el método de contratación directa, en el que se presume mayor negociación al no estar sujeto a las rigideces de otros métodos, es en el que menos sobrecostes existen. En

⁶⁷⁴ P. BAJARI Y OTROS, *Auctions Versus Negotiations in Procurement*, cit. los autores trazan un estudio empírico en el que consideran que las subastas no son adecuadas para proyectos complejos

⁶⁷⁵ PRIEB, H.J., y SAUSSIÉ, S., "Dialogue", en PIGA, G., y TREUMER, S. (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2013, p. 151; Lo cierto es que el autor plantea un gráfico en el que se observa como los procedimientos abiertos son la regla (EU internal market Scoreboard);

⁶⁷⁶ El coeficiente de adjudicación es el coeficiente entre el precio de licitación y el precio de adjudicación. Es decir, si la entidad adjudicadora saca a concurso un contrato por 100 millones y la empresa adjudicataria ha ofrecido 85, el coeficiente de adjudicación será de 0,85.

⁶⁷⁷ J.-J. GANUZA, "Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español", cit., p. 115

término medio están los contratos adjudicados a través del procedimiento abierto. Por último, los procedimientos restringidos son los que presentan mayor número de sobrecostes.

Recordemos que también en el estudio llevado a cabo por GUASCH se observa que la renegociación se da en más ocasiones en contratos adjudicados competitivamente (46%) que en los contratos adjudicados sin un procedimiento competitivo (8%)⁶⁷⁸.

Respecto a los criterios de adjudicación, sólo económico (subasta) o multicriterio (concurso), la utilización del concurso da lugar a un menor número de sobrecostes. Ello puede ser debido a que en los contratos donde sólo se tiene en cuenta el precio, la posibilidad de presentar ofertas temerarias es mayor.

Por otro lado, aunque en este estudio no se contemple, quizá introduciendo mayores elementos de negociación en la adjudicación se redujese la incidencia de la modificación. En este sentido, se ha propuesto como posible solución el preguntar al mercado en la fase de preparación acerca de qué bienes o servicios pueden cubrir la necesidad pública. Ello, claro, con las suficientes cautelas para que el resultado de la licitación no quede comprometida. Es decir, potenciar la negociación en la fase precontractual de la contratación pública. La legislación española (art. 22 y 109 TRLCSP) nada dice al respecto. Sin embargo, el Consejo de Estado considera que sí es jurídicamente posible llevar a cabo esta consulta al mercado en la medida en que sirve a la mejor definición del objeto contractual, y se trata de un mecanismo contemplado en normas europeas⁶⁷⁹.

La nueva Directiva 2014/24 pone sobre la mesa nuevos mecanismos de negociación previa. Se trata de las “consultas preliminares del mercado” del artículo 40, que obliga a los Estados a permitir este tipo de contactos. Así, se establece que “antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de

⁶⁷⁸ J. L. GUASCH, *Granting and renegotiating infrastructure concessions doing it right*, cit., p. 83.

⁶⁷⁹ Memoria del Consejo de Estado del año 2012-2013, p. 371.

contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia”.

Con el mismo efecto de aumentar las posibilidades de negociación, la nueva Directiva amplía el alcance del procedimiento negociado. El considerando 42 señala que “es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones”.

3.2.2. La deficiente selección del contratista. El papel de la experiencia pasada

Una de las posibles causas de los modificados es que el contratista no es capaz de cumplir con lo pactado en el contrato. En ocasiones ello se debe a una mala selección del contratista.

Para solucionar esto, los sistemas de contratación han ido creando mecanismos encaminados a que la entidad adjudicadora elija lo mejor posible. Hay dos que ahora nos interesan especialmente: las prohibiciones de contratar y los requisitos mínimos de solvencia técnica y financiera. Se trata de una manera de aumentar las probabilidades de que la ejecución irá conforme a lo adecuado a través de una mejor selección del contratista. Ahora bien, a medida que aumentas el nivel de todos ellos se logra –teóricamente– un mejor contratista, si bien se reduce la cantidad de candidatos que encajen en el perfil y por tanto reduces la competencia.

Respecto a las prohibiciones de contratar, interesa a nuestra investigación aquella que se refiere a no contratar con quienes hubiesen sido declarados culpables de alguna falta profesional, especialmente si han provocado la resolución de un contrato celebrado con la Administración⁶⁸⁰. Se trata de aprovechar que la Administración Pública (entendiendo como tal todos los niveles territoriales y entes que la integran) es un gran consumidor de bienes y servicios.

El uso de este tipo de medidas (“debarment” o “disqualification”) está muy extendido⁶⁸¹, si bien existen ciertas cuestiones interesantes por su potencial uso abusivo. Como señala el

⁶⁸⁰ También, claro, la que prohíbe contratar con quien haya sido declarado culpable por corrupción, pero este punto se abordará en una sección posterior.

⁶⁸¹ GAO Report, Suspension and Debarment, Sept 2012 ; S. L. SCHOONER, “The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2004.; R. BEDNAR, “Emerging issues in suspension and debarment: some observations from an experienced head”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2004.; C. R. YUKINS, “Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis”, *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013.

profesor SÁNCHEZ GRAELLS, establecer requisitos excesivos tiene un impacto negativo en la participación⁶⁸². Siempre es necesario adoptar estas medidas de acuerdo al principio de proporcionalidad⁶⁸³.

Una forma para conocer la existencia de estas circunstancias –en particular las que se refieren al pasado del contratista- es la de implementar un registro de modificados transparente. Ciertamente que existe un Registro de contratos, pero la información no es clara y no se encuentra de manera agregada. Sería necesario un Registro público en que figurase todo modificado aprobado y con qué contrato y que contratista están asociados. De esa manera, si un contratista tiene un rendimiento pasado dudoso, la entidad adjudicadora actuará como crea conveniente. Si a pesar de un rendimiento pasado pésimo el órgano de contratación decide adjudicar el contrato, quizá sea un síntoma de la existencia de corrupción.

3.2.3. Las ofertas excesivamente bajas

Una de las causas que suele repetirse una y otra vez en los estudios sobre la modificación contractual es la que apunta a las ofertas excesivamente bajas⁶⁸⁴. Ello no debe confundirse con la llamada oferta temeraria, que es la manera en la que se denomina a una oferta cuando es anormalmente baja en relación a las demás o en relación al valor estimado del contrato. Se comprobará a lo largo de esta sección que la calificación como anormalmente baja es tan solo un procedimiento administrativo sujeto a determinadas condiciones. Podrá haber ofertas bajas que no sean calificadas como temerarias, pero que a la postre demuestren ser ofertas insuficientes para lograr la correcta ejecución del contrato.

Desde el punto de vista de los estudios de Economía, las ofertas bajas pueden ser estratégicas o no estratégicas. Serán estratégicas cuando el licitador pretenda obtener el contrato desplazando a la competencia (lo que en ocasiones se conoce como “*low-balling strategy*”). Serán no estratégicas cuando se deban a un error de medición, esto es, cuando el licitador subestime los costes reales del contrato (de ello derivan fenómenos como el “*winner’s curse*” ya estudiado. Ambas son preocupantes desde el punto de vista de la modificación, si bien

⁶⁸² A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., p. 51.

⁶⁸³ G. M. RACCA; R. CAVALLO PERIN, “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, cit., p. 282.

⁶⁸⁴ Un ejemplo de esa conexión es el reciente OECD, *Hearing on auctions and tenders: further issues*, DAF/COMP/WP2(2015), 2015.

Desde un punto de vista jurídico puede considerarse que en ocasiones el contrato nace en desequilibrio, es decir, que el contratista oferta un precio menor a la contraprestación a la que está obligado. Esta oferta baja, sin necesidad de ser considerada temeraria, es causa de la modificación del contrato siempre que el contratista intente alcanzar el equilibrio durante la ejecución del contrato, “un equilibrio que originariamente no existía”⁶⁸⁵.

En este sentido se pronunciaban los Estados Unidos en un reciente documento de trabajo de la OCDE sobre bajas anormales, afirmando que “DOJ’s [U.S. Department of Justice] economists have expressed concern about situations where a bidder bids low, even at a price generating a loss, knowing that it will be able to implement subsequent price increases, often in guise of unanticipated material cost increases and new design changes imposed by the purchasing entity”⁶⁸⁶.

El precio cierto es un principio de la contratación privada que también se encuentra presente en la contratación pública. Por ello, toda licitación debe ir acompañada de un precio de licitación. Ello no es óbice para que en determinados casos dicho precio pueda no ser definitivo, sino que el propio contrato establezca la manera en que deba ser determinado, v.g en supuestos en que calcular no es posible. Pero en todo caso debe fijarse un valor estimado que tendrá muchas consecuencias jurídicas como por ejemplo el régimen de adjudicación que debe seguirse. Sobre ese valor estimado, que es el que aparece en los documentos de la licitación, los candidatos presentan sus ofertas. Los sistemas de contratación giran en torno a la competición que se produce en esta fase: los licitadores tienen en cuenta el valor estimado, pero también tratan de prever los comportamientos de los competidores –siempre claro que no existan prácticas que distorsionen este procedimiento competitivo. Normalmente los licitadores presentarán sus ofertas, y el precio ofertado por el que resulte seleccionado será el llamado precio de adjudicación. Si el coeficiente de adjudicación es menor que uno, entonces la entidad adjudicadora ha logrado adjudicar el contrato por menos de lo que esperaba y por tanto ha logrado, a priori, un ahorro gracias a la competencia. Ahora bien, existen estudios que aseguran que los contratos adjudicados por un valor menor que el estimado tienen mayor probabilidad de ser renegociados a posteriori⁶⁸⁷. Por tanto el ahorro

⁶⁸⁵ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit., p. 135.

⁶⁸⁶ OECD, Hearing on auctions and tenders: further issues, DAF/COMP/WP2(2015)1, 2015, p. 16

⁶⁸⁷ C. JAHREN; A. ASHE, “Predictors of cost-overflow rates”, cit., consideran que existe un 5% más de probabilidades de que se necesite renegociar el contrato; H. ROWLAND, “The Causes and Effects of Change Orders on the Construction Process”, *Master Thesis presented to the Georgia Institute of Technology*, 1981. sin

de la Administración se desvanece. ¿Por qué ocurre eso?

En ocasiones, estas tensiones competitivas llevan a los candidatos a presentar una oferta que se sitúa no sólo muy por debajo del valor estimado, sino también de los competidores. Oferta que en ocasiones levanta suspicacias sobre si será suficiente para ejecutar el contrato acorde a las condiciones previstas. Y es que ocurre que un licitador que presenta una oferta excesivamente baja quizá lo hace con el único propósito de hacerse con el contrato, siendo consciente que después podrá acudir a la modificación de éste para recuperar el porcentaje de baja ofertado.

Ahora bien, hay dos cuestiones importantes sobre la llamada baja temeraria. Por un lado, debe definirse qué se considera una baja temeraria, esto es, de qué manera se calcula o se considera cuando una oferta lo es. En segundo lugar, debe analizarse qué soluciones se han adoptado para proteger a la entidad adjudicadora frente a la incorrecta ejecución del contrato.

Para detectar la baja temeraria se han utilizado normalmente fórmulas matemáticas, ya sea con referencia al precio de licitación o al conjunto de las ofertas presentadas. Una vez que estas ofertas han sido identificadas, el problema radica en si el sistema debe obligar a la entidad adjudicadora a rechazar dichas ofertas o puede aceptarlas en aras de lograr un ahorro económico. Por ejemplo, como veremos, la Directiva pretende proteger a los licitadores e impedir que se les expulse de manera justificada, por lo que permite que aunque se considere anormalmente baja, se permita que la oferta no sea rechazada.

En definitiva, a través de la regulación de las ofertas temerarias lo que se pretende es garantizar la correcta ejecución del contrato. En la práctica, combatir las bajas temerarias provoca que se eleve el precio de adjudicación y se acerque al valor estimado calculado por la entidad adjudicadora. GANUZA no cree que aumentar el precio de adjudicación sea el mecanismo idóneo ya que no está clara la relación de causalidad con los sobrecostos y la baja⁶⁸⁸. Por ejemplo si en vez de luchar contra los sobrecostos a través de la subida del precio de licitación lo hacemos vía mayor gasto en control provocamos que las empresas aumenten sus ofertas porque ya no podrán recuperar en la renegociación. Por tanto, la reducción de los sobrecostos lleva a las empresas a aumentar el precio: es decir, el aumento del precio es

mencionar un porcentaje concreto llega a conclusión similar.

⁶⁸⁸ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit., p.120.

consecuencia de la reducción de los sobrecostos, pero no su causa. Una subida del precio de adjudicación sin mayor control no evitaría la existencia de modificados.

3.3. Causas y soluciones relativas a la fase de ejecución del contrato

3.3.1. La incidencia de la doctrina del riesgo imprevisible. Tendencias en el Derecho internacional

Como ya se ha dicho, tanto en la contratación privada como en la pública la regla general es la del principio de *pacta sunt servanda*. Sin embargo, en ocasiones ocurre que el contrato celebrado entre las partes no puede llevarse a buen término por surgir situaciones imprevisibles que alteran de manera sustancial las condiciones en las que se alcanzó el acuerdo. Ambos ordenamientos han recogido la figura de la fuerza mayor⁶⁸⁹. Pero, ¿qué ocurre si el cumplimiento del contrato se vuelve extremadamente adverso a causa de una circunstancia que no puede ser catalogada como de fuerza mayor?

Un ejemplo típico de estas circunstancias adversas es el de la guerra. Los conflictos bélicos tensan muchas veces las relaciones jurídicas preexistentes. Parece claro que los destrozos ocasionados por actos de guerra podrán considerarse dentro de la fuerza mayor. No tiene respuesta tan clara aquellas situaciones a las que la guerra afecta de manera indirecta. Por ejemplo, ¿qué ocurre con el aumento de los precios derivado del conflicto? Parece claro que la guerra no siempre desequilibra por sí misma la relación jurídica: será causa remota que puede realizarse en causas próximas que afecten de manera directa a la relación⁶⁹⁰. Y ese ejemplo típico es precisamente el que pone sobre la mesa el problema del riesgo imprevisible. Cuando OERTMANN afirma que “la guerra nos ha abierto los ojos” se refiere precisamente a que los conflictos bélicos son los que hacen surgir la necesidad de aplicar cláusulas que mitiguen el riesgo imprevisible⁶⁹¹.

Los ordenamientos jurídicos han tratado de dar una respuesta de justicia material para este tipo de situaciones⁶⁹². A grandes rasgos puede decirse que en Alemania ha encontrado

⁶⁸⁹ Si bien, como se ha dicho, la fuerza mayor ha recibido distinto tratamiento en ambos ordenamientos. En el Civil se encuadra en la teoría del incumplimiento mientras que en el Administrativo lo hace en la del riesgo. Esto quiere decir que mientras que en el Civil impide el cumplimiento de las obligaciones acordadas, en el Administrativo puede sólo dificultarlas.

⁶⁹⁰ La idea de causas remotas y causas próximas en R. BADENES GASSET, *El Riesgo imprevisible*, cit., p. 14.

⁶⁹¹ OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, cap. I, p. 1; visto en *Ibid.*, p. 15.

⁶⁹² Un reciente compendio de Derecho comparado es M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las*

acomodo la doctrina de la “base del negocio” de OERTMANN (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”)⁶⁹³, estando desde 2002 positivizada en el Código Civil (art. 313 BGB)⁶⁹⁴; en Francia la teoría de la imprevisión⁶⁹⁵; en Reino Unido la teoría de la condición implícita y de la frustración del contrato⁶⁹⁶; en Italia la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación⁶⁹⁷. Todas ellas comparten su finalidad: solucionar la tensión que surge en las relaciones contractuales ante sucesos imprevisibles. Y todas ellas se enfrentan a la misma clase de crítica que provoca que su aceptación no sea pacífica: “admitir que la obligación del deudor se modele sobre las circunstancias, se transforme con ellas, es hacer frágil, si no destruir, el contrato, y es introducir la inestabilidad en la vida económica”⁶⁹⁸.

Asimismo, debemos dejar constancia del reconocimiento de estas figuras en textos de vocación internacional como los Principios de UNIDROIT, que se refieren al concepto de “hardship” (artículo 6.2.2)⁶⁹⁹, o en los PECL, donde se hace referencia a “change of

circunstancias contractuales, Dykinson, 2014.

⁶⁹³ OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, 1921 ; tiene gran parecido a la doctrina de la presuposición del pandectista WINDSHEID *Die Voraussetzung*, 1850; vid. En K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada, 2002.

⁶⁹⁴ Sobre la regulación actual en Alemania ver el trabajo F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, Civitas, Cizur Menor, 2013., p. 29 y siguientes. En dicho trabajo se encuentre la siguiente traducción del precepto:

1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.
2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.
3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato

⁶⁹⁵ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Revisión de precios”, cit.p. 665. La teoría de la imprevisión da lugar, por ejemplo, al famoso Arrêt sobre el gas de Burdeos ; en Derecho civil la jurisprudencia no acoge normalmente dicha teoría. Vid. J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, cit., p. 22; En F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit., p. 27 se menciona el asunto Canal Crapone de 1874 ya que en primera instancia se acepta la revisión del contrato, pero la Corte de Casación lo rechaza.

⁶⁹⁶ E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 12th, Sweet & Maxwell, 2007.

⁶⁹⁷ Artículos 1467-1469 Código Civil italiano de 1942; PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, 1959

⁶⁹⁸ HÉMARD, *Précis élémentaire de Droit civil*, tomo II, París, 1929, p. 98-99 ; visto en R. BADENES GASSET, *El Riesgo imprevisible*, cit., p. 20

⁶⁹⁹ En la versión española se ha traducido como «excesiva onerosidad». En la norma se parte de la obligatoriedad del vínculo, pero se define qué es la excesiva onerosidad y se explican sus efectos. Vid. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-spanish.pdf> (accedido en enero 2015).

circumstances” (artículo 6.111)⁷⁰⁰. Ambas reconocen como norma general la obligatoriedad del contrato, pero la excepcionan cuando surjan circunstancias imprevisibles. Mientras que según UNIDROIT “la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato” y si no se alcanza un acuerdo se abre la vía judicial, en el caso de los PECL, “las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso”, e incluso fomenta que se alcancen acuerdos ya que “el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.”. En ambos casos se permite que el juez modifique el contrato o lo resuelva⁷⁰¹.

Por tanto, existe una tendencia internacional a la aceptación de cláusulas que mitiguen los riesgos imprevisibles⁷⁰².

Ahora bien, estas teorías difieren en algunos aspectos, siendo unas son más rígidas que otras. No todas abordan igual qué tipo de criterios deben atenderse a la hora de estudiar el impacto de la circunstancia imprevisible – criterios objetivos o subjetivos; qué posibilidades tiene la parte afectada por la circunstancia imprevista de exigir la adaptación⁷⁰³; o qué efectos tiene la aplicación de dichas fórmulas. Respecto a esto último, en Francia y Reino Unido no se acepta normalmente que el juez (tercera persona) altere con su decisión lo acordado,

⁷⁰⁰ Los PECL, o Principles of European Contract Law, en su artículo 6.111 recogen la regulación. Ver traducción en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> (accedido en enero 2015)

⁷⁰¹ En cierta medida, y sobre ello reflexionaremos más adelante, esta situación de reconocimiento del riesgo imprevisible y de impulso a la renegociación choca de lleno con los límites que se están estableciendo en la contratación pública a la renegociación de los contratos públicos.

⁷⁰² STS, Sala Primera, 17/01/2013 (EDJ 2013/27134; MP: Francisco Marín Castán): “en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (...) y nacionales”.

⁷⁰³ En Italia, por ejemplo, se empuja a las partes a renegociar el contrato:

Artículo 1467

En los contratos de ejecución continuada [tracto sucesivo] o periódica, pero de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se vuelve excesivamente onerosa por la concurrencia de acontecimientos extraordinarios e impredecibles, la parte que debe tal prestación puede exigir la resolución del contrato, con los efectos del artículo 1458.

La resolución no puede exigirse si la onerosidad sobrevenida se encuentra dentro del alea normal del contrato.

La parte contraria puede evitar la resolución del contrato ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato

debiendo limitarse a resolver el contrato⁷⁰⁴. Lo contrario ocurre en Italia o Alemania⁷⁰⁵.

En la contratación pública, sin perjuicio de que analicemos más adelante el riesgo imprevisible como supuesto habilitante de la modificación, hay que considerar que tradicionalmente se ha llevado a cabo una aproximación bastante benévola al fenómeno. Por eso no hay que sorprenderse cuando el Consejo de Estado señala que “está generalmente aceptado que, cuando sobrevienen circunstancias insólitas, imprevistas por las partes y objetivamente imprevisibles, que alteran sustancialmente el equilibrio económico-financiero establecido en el contrato, puede ser revisado el contenido de las prestaciones pactadas para acomodarlo a las nuevas circunstancias, sin que ello suponga la rotura del vínculo contractual”⁷⁰⁶. También, en su Memoria de 1983, el Consejo de Estado observa que “en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales”⁷⁰⁷. El mismo Consejo de Estado señala que “la relajación de las exigencias legales –y reglamentarias y contractuales- se viene percibiendo en la tramitación de las reclamaciones de los contratistas. Y parece oportuno alertar sobre ello, advirtiendo que, bien sea por coincidencia no significativa, bien sea por una aparente tendencia legislativa a la laxitud en los requisitos que configuran la excepción, los expedientes acusan una cierta atemperación o modulación –en definitiva, relajación- en la valoración del supuesto excepcional”⁷⁰⁸ – por ejemplo cuando no se encuentra un examen suficiente de la diligencia del contratista y a pesar de ello se concede la indemnización.

En Francia, a pesar de una jurisprudencia inicial benévola, se reacciona contra ella. Primero

⁷⁰⁴ En el Reino Unido, la doctrina que se aplica es la llamada “frustration”, apoyada en la condición implícita. En base a estas doctrinas, las partes quedan liberadas del cumplimiento del contrato, y por tanto, éste queda resuelto. En el Derecho inglés si no existe mutuo acuerdo de las partes no existe posibilidad de revisión de las condiciones siquiera ante circunstancias como las aquí tratadas. F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit., p. 71; La teoría de la condición implícita se remonta al asunto Taylor v. Caldwell (1863) e. B&S 826, si bien los casos más conocidos son los de arrendamiento de balcones en la coronación de Eduardo VII (Krell v. Henry (1903) KB, 740. También el caso del barco que evacuaba civiles a durante la Guerra civil española y que fue apresado por los nacionales (Tatem Ltd v. Gamboa (1939) 1 KB 132. Hoy estas situaciones se regulan en la Law reform (Frustrated contracts) de 1943.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁷⁰⁶ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 167.

⁷⁰⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 1983, p. 85; repetido luego en Memoria de 2001 p. 157.

⁷⁰⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 119.

a través de la Circulaire du 20 novembre 1974 *relative a l'indemnisation des titulaires de marches publics en cas d'accroissement imprevisible et de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision)*, que contiene recomendaciones interesantes al respecto⁷⁰⁹. Pero además, la propia jurisprudencia ha ido endureciendo la aplicación de la teoría de la imprevisión, tal como veremos al estudiar el modelo francés⁷¹⁰.

3.3.2. Desequilibrios en el poder de negociación. Mantenimiento de la competencia en la fase de ejecución

Una vez adjudicado el contrato, y a medida que éste se ejecuta, las partes avanzan a una situación de difícil retorno donde una de las partes puede resultar poseedora de un mayor poder de negociación que permita la imposición de cambios no previstos en el acuerdo inicial. Se produce así una situación conocida como “lock-in”, en la que una de las partes queda atrapada en el contrato siendo la salida de éste especialmente gravosa⁷¹¹.

Una posible solución a este problema es el mantener la competencia a lo largo de la ejecución. Ello se consigue con mecanismos que permitan sustituir al adjudicatario cuando la ejecución no se realiza acorde a lo convenido. Se pretende así luchar contra la falta de competencia que empuja a que el contrato sea una relación bilateral cerrada⁷¹². En este sentido es interesante la experiencia italiana de re-adjudicar el contrato, prevista en el Decreto Legislativo N.163 de 12 de abril de 2006⁷¹³. Se considera que con ello Italia adopta una perspectiva pro-competitiva en su lucha contra los modificados⁷¹⁴. También en el caso español de los aumentos de unidades de obra cuando éstas no estuvieran comprendidas en el proyecto. En ese caso, los precios se fijan mediante procedimiento contradictorio entre las partes. Ahora bien, si el contratista no está de acuerdo, entonces la Administración podrá apartarle y contratarlas con otro empresario.

⁷⁰⁹ Ver <http://www.legifrance.gouv.fr/>

⁷¹⁰ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 176-177.

⁷¹¹ C. C. CANTARELLI; B. FLYVBJERG; E. J. E. MOLIN; V. WEE; BERT, “Lock-In and Its Influence on the Project Performance of Large-Scale Transportation Infrastructure Projects: Investigating the Way in Which Lock-In Can Emerge and Affect Cost Overruns”, *Environment and Planning B: Planning and Design*, vol. 37, 5, 2010.

⁷¹² R. LEWIS, “Reputation and Contractual Performance in Long-Term Projects” *Ibid.*, p. 144; el autor relaciona falta de competencia durante la ejecución con pobre resultado.

⁷¹³ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, Pisa, 2011.; L. FERTITTA, “La figura del secondo classificato nell’aggiudicazione degli appalti pubblici”, *Revista trimestrale degli appalti pubblici*, vol. 2005.; V. PALMIERI, “Scorrimento della graduatoria e tutela della concorrenza nell’esecuzione degli appalti pubblici”, *Foro amministrativo*, 2008.

⁷¹⁴ A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*, cit.

Imaginemos que efecto podría tener el incluir una cláusula en la cual se permite que toda modificación del contrato sea sacada de nuevo a licitación u ofrecida a los licitadores apartados. Quizá ese riesgo sería suficiente para desincentivar comportamientos oportunistas.

Como posible solución se ha propuesto también la extensión del uso de acuerdos marco, que sin duda es otra manera de mantener viva la competición durante la ejecución. RACCA y CAVALLO consideran que en los acuerdo marco hay dos tipos de licitadores apartados. Por un lado, los que no entraron al acuerdo marco, y por otro los propios del acuerdo. Éstos últimos, al haber sido seleccionados para participar en el acuerdo estarán preparados para suplir al contratista en caso de un rendimiento defectuoso⁷¹⁵.

Un sistema similar utiliza en ocasiones el Parlamento europeo cuando contrata. Así en el *asunto Veloss* se observa como adjudica el contrato, pero mantiene a otros candidatos a la espera por si el contrato inicial se suspendiese⁷¹⁶.

El sistema de adjudicar el contrato a otros licitadores cuando el contratista no cumpla no es del todo desconocido en España. Así, el artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra tras su modificación por la Ley Foral 32/2013, de 31 de octubre, señala que en caso de concurso de acreedores, el contratista puede solicitar la cesión del contrato a la Administración, que deberá adjudicar siguiendo el orden de valoración de ofertas que se fijó en la adjudicación. Sólo cuando los otros licitadores no estén interesados puede el contratista proponer la cesión a un tercero.

En definitiva, las soluciones parecen ir encaminadas a que el contratista perciba que puede ser sustituido en cualquier momento, lo cual puede ser un incentivo para que no proponga modificaciones contractuales de manera sistemática.

⁷¹⁵ G. M. RACCA; R. CAVALLO PERIN, “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, cit., p. 290; ver también un desarrollo de la idea en RACCA, CAVALLO y ALBANO “The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreements as flexible competitive tools” en Quaderni Consip VI, 2010.

⁷¹⁶ The purpose of the call for tenders was to conclude one main contract and one to four secondary framework contracts. The secondary framework contract or contracts would be activated in the event of suspension of the main contract, a refusal of an assignment by the main contractor or if the main contract became inactive for another reason.

3.3.3. La deficiente gestión de la ejecución contractual.

Entre las causas que de manera indirecta afectan al número y cuantía de los modificados está la vigilancia de la ejecución del contrato: ¿quién la realiza? ¿Qué responsabilidades tiene? Se trata sin duda de una pieza clave en la arquitectura del sistema de modificados que está directamente conectada al control.

Al respecto, el Consejo de Estado en 1983, en 1990 y 2004: afirma que “la vigilancia intensa e ininterrumpida es la mejor prevención de desviaciones o incidentes innecesarios”⁷¹⁷. Está claro que “la confianza mutua no se alcanzaría si la actitud exigente del representante de la Administración “excediera de lo razonable en la desconfianza o la meticulosidad”⁷¹⁸. Sin embargo, el papel del representante de la Administración muchas veces resulta “difuminado e insuficiente a la vista de la complejidad y volumen de los datos y documentos que en su favor suministra el contratista”⁷¹⁹.

En este sentido la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en 2004 señaló que “este tipo de riesgos [abuso en modificaciones] es evitable por la Administración a través de una dirección facultativa rigurosa, aspecto que, por lo tanto, parece necesario reforzar”⁷²⁰.

En muchas ocasiones se huye deliberadamente del control ya que sólo eso puede explicar que un porcentaje alto de los modificados se mantuviesen por debajo del límite establecido para tener que ser enviados al Consejo de Estado. Por ejemplo, GANUZA observó como un porcentaje alto de las modificaciones estudiadas en su investigación permanecían por debajo del 20%, límite que impone su aprobación por el Consejo de Estado⁷²¹. ¿Qué hay detrás de ese comportamiento? Por un lado, dotar a la modificación del contrato de mayor flexibilidad. Pero también evitar el control de un órgano superior. Sólo así se explica que un porcentaje alto de modificados rondase el 19%.

La solución ante estos problemas es doble. Por un lado, incrementar los mecanismos de

⁷¹⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 157.

⁷¹⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 1983, p. 89.

⁷¹⁹ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 139-140.

⁷²⁰ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, p. 116.

⁷²¹ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

control de la ejecución a través de procedimientos para la modificación. Otra posibilidad es la creación de un organismo de control para aprobar las modificaciones: GANUZA apunta que “si se crearan unidades de contratación cuyo único objetivo fuera el control del coste final de las adjudicaciones, que estuvieran desvinculados de decisiones políticas y que, por lo tanto, no internalizasen el coste de los retrasos, este problema podría aminorarse. La idea es que en la posición negociadora de la Administración podría mejorar si la aprobación final del sobrecoste dependiera de un organismo sobre el que no tuviera control alguno”⁷²².

En este sentido la Comisión de expertos propuso la creación de una Comisión de Arbitraje no sólo para precios contradictorios, también para resolución de discrepancias entre la dirección facultativa y el contratista⁷²³.

En todo caso, mayores sistemas de control suponen mayores costes por lo que habrá que trazar un equilibrio⁷²⁴.

Además, la mejora de la gestión de la ejecución debe venir de la mano de un incremento de los medios personales así como de un incremento de la profesionalización de estos⁷²⁵. La falta de personal, por ejemplo, es una constante en la historia de las Obras públicas. Como dijo BETANCOURT, “¿Qué proyectos ni qué aciertos se podían esperar de la clase de estudios que han hecho la mayor parte de los sujetos que se han ocupado de las Obras Públicas, ni qué medios se han puesto en facilitar la instrucción de las personas en quienes se depositan los intereses, la seguridad, la confianza y gran parte de la prosperidad de la nación?”⁷²⁶.

También en Estados Unidos se denuncia la falta de personal supervisor y de preparación de éste⁷²⁷. Y lo mismo en el Reino Unido – donde se apunta a que la falta de profesionalización

⁷²² J.-J. GANUZA, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit., p. 120

⁷²³ Informe de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, 2004, p. 117.

⁷²⁴ S. DOMBERGER; P. JENSEN, “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, 4, 1997.; también T. BROWN; M. POTOSKI, “Managing Contract Performance: A transaction Cost Approach”, cit.

⁷²⁵ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit., p. 113 habla de “inspección técnica de los modificados”.

⁷²⁶ BETANCOURT, A. y CEBALLOS, P., “Noticia del estado actual de los caminos y canales de España, causas de sus atrasos y defectos, y medios de remediarlos en adelante; dada al Excmo. Sr. D. Pedro Cevallos por D. Agustín de Betancourt; año 1803”, en *Revista de Obras Públicas*, núm. 6, 1869.

⁷²⁷ Y. KIM; T. . BROWN, “The importance of contract design”, cit.

a lo largo del proceso de compra supone un incremento del coste de entre el 20 y el 30%⁷²⁸.

Sin duda, es necesario clarificar las responsabilidades de los agentes que intervienen. El Consejo de Estado español en su Memoria del año 1992 ya realizaba la siguiente sugerencia: “debiera preverse, en forma adecuada, la apertura de expediente para depurar las posibles responsabilidades de los funcionarios culpables en los supuestos en los que se declare la nulidad de actuaciones o el derecho del contratista a la indemnización de daños y perjuicios o se aprecie culpa de la Administración en la resolución de los contratos”⁷²⁹. En este sentido, la Memoria CE 1982 dedica una sección entera a estudiar la responsabilidad administrativa de los funcionarios derivada de la contratación⁷³⁰.

3.4. La corrupción como causa de la modificación

3.4.1. Los estudios sobre corrupción y su aplicación a la modificación del contrato

Cuando se aborda el estudio de las causas por las que se modifican los contratos, hay una de ellas cuyo mero planteamiento provoca reacciones contradictorias: la corrupción. Que la modificación de los contratos públicos es un nicho en el que puede existir corrupción es algo que quienes estudian la corrupción en la contratación reconocen⁷³¹, pero que nadie ha estudiado en profundidad. La razón para ello es obvia: la falta de información impide elaborar trabajos que vayan más allá de conexiones teóricas entre modificación de contratos y corrupción.

Siempre es difícil plantear un estudio relacionado con la corrupción –en seguida veremos dónde radican esas dificultades–, pero ello no puede hacernos ignorar el hecho de que la opacidad y la falta de control en la ejecución del contrato es caldo de cultivo perfecto para esconder prácticas corruptas. En las siguientes líneas nos disponemos a plantear un esquema de análisis a partir del cual estudiar la corrupción como causa de la modificación de los contratos. Para estudiar un aspecto tan concreto de la corrupción es necesario realizar una aproximación más general al fenómeno de la corrupción, primero, y su concreción en la contratación pública, después.

⁷²⁸ A. WOOD, *Wood Review: Investigating UK business experiences of competing for public contracts in other EU countries*, Office of Government Commerce, 2004., p. 47

⁷²⁹ Memoria del Consejo de Estado del año 1992, p. 178.

⁷³⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 1982, p. 80.

⁷³¹ D. DELLA PORTA; S. ROSE-ACKERMAN, “Corrupt Exchanges: An Introduction”, en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2002., p. 15.

Introducir la corrupción como elemento de estudio en el presente trabajo es una decisión necesaria, pero complicada. Sería más fácil no tratar esta cuestión y considerar que la corrupción es un problema que no puede superarse. No es esta la postura del autor de este trabajo⁷³².

Es una decisión complicada por la complejidad del fenómeno. Una complejidad que se manifiesta, como ahora veremos, en la dificultad para medir el fenómeno, en los debates existentes sobre sus causas y sobre sus efectos, e incluso, en su propia definición que supone todo un desafío. En el ámbito de la modificación de contratos el desafío crece si tenemos en cuenta la opacidad bajo la que se desarrolla.

También es una decisión necesaria porque el fenómeno de la contratación pública no es ajeno a la corrupción; todo lo contrario, se trata de uno de los ámbitos donde la misma está más presente⁷³³: ser un mercado que mueve mucho dinero, donde los intereses de quién decide llevar a cabo una compra suele coincidir con quien la debe ejecutar⁷³⁴, la necesaria búsqueda de flexibilidad y eficiencia deja grandes márgenes de apreciación a los agentes públicos⁷³⁵ o que existen empresas cuya supervivencia depende exclusivamente de la obtención de contratos públicos, lo que hace que sean más agresivas en sus prácticas comerciales y estratégicas. Incluso muchas compañías diversifican su actividad siempre en torno a la actividad del sector público: es curioso ver sociedades dedicadas tradicionalmente a la construcción de infraestructuras haciéndose hoy cargo de recoger los residuos urbanos. Indicio claro del gran negocio que ello supone y de la facilidad de acceso que tienen a esos mercados.

En todo caso, hay que subrayar que no toda irregularidad en el proceso de contratación debe

⁷³² Países como Singapur, Bostwana, Bolivia, las Filipinas o Polonia han mejorado enormemente en estos aspectos. Ver este y otros argumentos contra el fatalismo en KAUFMANN, "Corruption: the Facts", *Foreign Policy*, vol. 107, Summer, 1997.

⁷³³ G. WARE; S. MOSS; E. CAMPOS; G. NOONE, "Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge", en E Campos, Pradhan (eds.) *The Many Faces of Corruption*, World Bank, Washington DC, 2007.

⁷³⁴ La contratación pública suele girar entorno a obras y servicios públicos lo cual provoca que los intereses del contratista –llevar a cabo una obra o servicio determinado– coincidan con los del político, que puede promocionar electoralmente gracias a esa inversión. Así S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999., p. 129.

⁷³⁵ Sobre la ecuación de corrupción y discrecionalidad ver el trabajo de KLITGAARD, que elabora la ecuación: Corrupción= Monopolio de poder + discrecionalidad – rendición de cuentas. Cfr. R. E. KLITGAARD, "International Cooperation against Corruption", *Finance & Development*, vol. March, 1998. También S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 59: "discretion increases corrupt incentives".

achacarse a la corrupción. Otros factores, como la escasa profesionalización, el desconocimiento de la norma o su interpretación errónea también llevan a resultados parecidos a los de la corrupción. Es interesante al respecto el estudio llevado a cabo por BANDIERA et al. (2009) en el cual analizan la compra de bienes estandarizados en Italia concluyendo que lo que llaman “malgasto pasivo” –esto es, aquel provocado de manera involuntaria- representa el 83% del gasto, frente al 17% de “malgasto activo” derivado de conductas voluntarias⁷³⁶.

En particular interesa ahora aplicar los estudios sobre corrupción a la modificación del contrato. Estas líneas pretenden precisamente crear un marco teórico que permita avanzar en el estudio de la relación entre modificación de contratos y relaciones corruptas. Para ello iremos desgranando los elementos de todo estudio sobre la materia y los aplicaremos a la modificación.

3.4.1.1. *Definir y medir la corrupción en la modificación de los contratos*

El tratamiento de la corrupción es complicado desde un primer momento: **¿cómo definir el fenómeno?** Ese es el primer problema al que se enfrenta todo estudio sobre la materia, su definición. Sirva de advertencia que la propia definición de corrupción se ve sometida a tensiones culturales, no entendiéndose de la misma manera en todas las culturas ni en todas las épocas. Pero tratar de recoger las muchas definiciones de corrupción que existen sería inútil. Por ejemplo, la Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 1995 definió corrupción como “aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se realizan por autoridad o funcionario prevaleciéndose de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que, por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad con grave desprestigio de sus instituciones”⁷³⁷.

A los efectos de este trabajo partimos de una definición más simple de corrupción: es corrupción *todo uso incorrecto de una situación de poder público con el fin de obtener ganancias privadas*⁷³⁸. A continuación se desgranarán los elementos de esta definición y se

⁷³⁶ O. BANDIERA; A. PRAT; T. VALLETTI, “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, *American Economic Review*, vol. 99, 4, 2009., pp. 1278-1308.

⁷³⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Memoria de 1995 (ver www.fiscal.es).

⁷³⁸ Una definición similar en S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999., 91; Coincido THOMPSON en afirmar que la definición

aplican al problema de la modificación de los contratos.

En primer lugar, el **término “uso”** implica una utilización de la posición de poder, ya sea una acción o una omisión, que podríamos denominarlo corrupción omisiva⁷³⁹.

En el ámbito de la modificación de los contratos “uso” envuelve cualquier actuación u omisión del responsable público que se concrete en una alteración de las condiciones inicialmente pactadas, ya se trate de una alteración acordada (v.g mediante la firma de un nuevo contrato) o una alteración tácita (v.g prórroga tácita).

En segundo lugar, el uso del poder público debe poder calificarse de **“uso incorrecto”**. La elección de este adjetivo no es casual en la medida en que sirve para diferenciar el concepto de ilegalidad del concepto de corrupción. Son conceptos que hacen alusión a realidades diferentes y como tales deben ser tratadas. Ni todos los comportamientos ilegales son corruptos ni todos los comportamientos corruptos son ilegales⁷⁴⁰. Así, existen comportamientos corruptos ilegales (ya sea penal o administrativamente) y comportamientos corruptos que no son ilegales (pensemos en la captura del regulador a través de la aprobación de leyes que favorecen a una industria determinada).

Esta reflexión puede llevar inexorablemente a abrazar la idea de la corrupción como fenómeno que trasciende lo legal y hunde sus raíces en la moral y la ética⁷⁴¹. Por ello, a medida que un país evoluciona, su sociedad percibe como corruptos determinados comportamientos que en su Código Penal no lo son⁷⁴². De nuevo la figura del conflicto de

amplia de corrupción debe contener tres elementos: i) un cargo público obtiene una ganancia, que podrá adoptar cualquier forma; ii) un particular recibe un beneficio; iii) la conexión entre la ganancia del primero y el beneficio del segundo produce un resultado calificado de irregular (“improper”). D. F. THOMPSON, “Mediated Corruption: The Case of the Keating Five”, *The American Political Science Review*, vol. 87, 2, 1993., p. 369.

Una definición todavía más amplia sería la que nos da DOBEL: “Societal or state corruption involves the moral incapacity of citizens to make disinterested moral commitments to actions, symbols and institutions which benefit the common welfare” (p. 960) J. P. DOBEL, “The Corruption of a State”, *The American Political Science Review*, vol. 72, 3, 1978.

⁷³⁹ El concepto de corrupción por omisión es utilizado en D. DELLA PORTA; A. VANNUCCI, “Analysing Political Corruption in Western Europe: Spain and the UK in Comparative Perspective”, cit.

⁷⁴⁰ Muchos comportamientos no se califican como ilícitos ni ilegales, simplemente como incorrectos (“misuse”). En este sentido se pronuncian F. ANECHIARICO; J. B. JACOBS, *The Pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*, University of Chicago Press, Chicago, 1996, p. 3.

⁷⁴¹ J. T. NOONAN, “Bribery”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 2, 1987., p. 702-703

⁷⁴² El Código Penal, sin mencionar explícitamente la corrupción, recoge los siguientes tipos asociados: prevaricación (art. 404 CP); cohecho (art. 424 CP); tráfico de influencias (art. 428 CP); la malversación (art.

interés sirve como ejemplo en la medida en que se trata de una institución que camina lentamente hacia el haz de conductas corruptas cuando hace algunos años no lo era. Como dice PRADERA, “la equiparación entre corrupción y delito llevaba aparejada la reducción de la conducta perseguible o censurable de los políticos a la responsabilidad penal, entendida de manera estricta como la condena por los tribunales mediante sentencia firme”⁷⁴³. Superar ese estado de las cosas es fundamental para crecer como sociedad. Lo que sí está claro es que esa desconexión entre corrupción y legalidad complica aún más las cosas a la hora de estudiar el fenómeno.

Ahora bien, dicho eso, el peso a la hora de definir la corrupción lo lleva el elemento normativo ya que será éste el que defina qué comportamiento están permitidos⁷⁴⁴. O lo que es lo mismo, las normas son las que trazan la línea hasta dónde el empleado público puede maximizar su interés personal. En este sentido VILLORIA y JIMÉNEZ incluyen el incumplimiento normativo como elemento de la definición de corrupción⁷⁴⁵.

Cabe preguntarnos si dicho “uso incorrecto” debe ser de naturaleza dolosa o es suficiente con que se trate de una actuación culposa, sea ésta una falta técnica (impericia), una falta de cuidado (negligencia) o un obrar arriesgado (imprudencia). Desde luego que esta reflexión juridifica la cuestión, pero a la vez esclarece los mecanismos o soluciones existentes para luchar contra la corrupción. Por ejemplo, el Derecho administrativo puede jugar un papel importante siempre que comportamientos meramente negligentes puedan quedar subsumidos en la definición.

Respecto a la modificación de los contratos el “uso incorrecto” en sentido amplio se refiere a toda alteración del contrato que no debió realizarse, o que se realizó de manera irregular. No necesariamente tiene que constituir un delito, bastando para entrar en la definición que no cumpla el procedimiento administrativo pertinente. Por ejemplo, cuando el contratista

432 CP); fraude (art. 436 CP); y actividades y negociaciones prohibidas a funcionario público (art. 439 CP).

⁷⁴³ J. PRADERA, *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Guthenberg, Madrid, 2014., p. 36

⁷⁴⁴ J. GRAF LAMBSDORFF, “How Corruption in Government Affects Public Welfare. A Review of Theory”. p. 7; La expansión de las normas contra la corrupción no se generaliza hasta la segunda mitad del siglo XX .Cfr. J. T. NOONAN, “Bribery”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 2, 1987.p. 749; nos indica como desde entonces miles de empleados públicos, varios gobernadores, jueces e incluso senadores y congresistas han sido condenados por corrupción.

⁷⁴⁵ M. VILLORIA MENDIETA; F. JIMÉNEZ, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, vol. 138, 2012., p. 114.

hace entregas por debajo de la calidad acordada o cuando presta servicios con profesionales con menor cualificación y la entidad contratante no pone en marcha los mecanismos oportunos. O cuando la modificación del contrato se aprueba sin que exista un proyecto de modificación previo. Así un largo etcétera.

Si nos ceñimos al sentido estricto de “incorrecto” entonces habrá que ver cómo trata el Código Penal a la modificación de los contratos. Está claro que en el texto no hay preceptos que cubran expresamente estas acciones, sino que habrá que enmarcarlas dentro de los tipos que habitualmente cubran la “corrupción”. Veremos algunos ejemplos en los casos de estudio analizados más adelante.

En tercer lugar, la definición se refiere al **uso de una “situación de poder público”**, concepto que debe entenderse de manera amplia. Abarca tanto a la esfera política como burocrática-administrativa, pero también todo aquel puesto que supone toma de decisiones revestidas de poder público, o financiadas con fondos públicos directa o indirectamente.

La definición no se ciñe sólo a la utilización de las llamadas potestades administrativas (en el caso de la modificación la *potestas variandi*), sino que debe ampliarse a cualquier decisión que tenga conexión con lo público. Por ejemplo, la decisión de modificar un contrato tomada por una sociedad mercantil de capital público debe estar motivada por el interés público y, por tanto, entra dentro de la definición de “situación de poder público”.

Los órganos de contratación, o los órganos corporativos responsables, cuando deciden modificar un contrato –a través de la modificación unilateral o del mutuo acuerdo–, están tomando una decisión en base la competencia que les ha sido atribuido para ello, y con el único fin de perseguir el interés general.

En cuarto lugar, debe existir un **nexo entre el uso incorrecto del poder público y el “fin de obtener” una ganancia**. Esta relación causal directa implica que el mal uso de lo público debe ir encaminado a obtener ganancia privada. Ocurre que esa decisión tomada en una situación de poder público se instrumentaliza para someter el interés general a un interés privado. Esto es algo que no siempre es fácil de probar.

Si el “uso incorrecto de una situación de poder público” es el elemento objetivo de la

definición, éste deberá completarse con el elemento subjetivo “con el fin de obtener ganancias privadas”. Es decir, que esa actuación u omisión debe concurrir junto a la voluntad por parte del cargo público de hacer uso activo o pasivo de su posición. Esta definición pone encima de la mesa una de las grandes dificultades a la hora de perseguir la corrupción: demostrar que existe voluntad de actuar y no mera negligencia.

En la modificación de los contratos no es sencillo demostrar que la decisión se ha adoptado con otro fin que no es el interés público. En este sentido será interesante comprobar la posible aplicación de la doctrina de la desviación de poder a la modificación de los contratos.

Por último, nuestra definición de corrupción exige que el uso incorrecto del poder público tenga por fin el **obtener “ganancias privadas”**. Se trata de un concepto muy amplio que no tiene que implicar una transacción económica, como es el caso del típico soborno, sino que adquiere formas más sofisticadas. Así, la llamada puerta giratoria o “revolving door” si ésta implica que en la etapa en que el sujeto ostentaba poder público lo usó para regular en favor de una empresa que a posteriori le ofrece un puesto de trabajo.

Siendo todavía más estrictos, el hecho de que una empresa quiera contratar a un servidor público por los contactos que labró en su época en el sector público podría implicar uso de poder público para ganancias privadas y, por tanto, entrar dentro de nuestra definición de corrupción.

El término “ganancia privada” tampoco especifica que la ganancia deba ser para el cargo público que realiza la operación, lo cual abre la posibilidad de entender como corrupción aquellas conductas encaminadas a obtener ganancia personal, o en favor del entorno, de familiares o del partido político. Ni siquiera es necesario que haya un tercero dispuesto a sobornar al cargo público. La llamada “auto-corrupción” supone que el cargo público toma decisiones que le favorecerán directamente. Por ejemplo, cuando en el proceso de toma de decisión resulta que el proyecto de una obra pública determinada hará que los terrenos de quién decide se vean revalorizados sin existir justificación real para realizar en ese lugar las obras.

En la modificación de los contratos la ganancia privada adopta las mismas formas que en la corrupción. Así, el contratista, que ve aumentada su cifra de negocio, compensa al

responsable a través de los métodos habituales en este tipo de corruptela: comisiones directas, comisiones a sociedades pantalla, donaciones a partidos, oferta de puestos de trabajo, regalos y viajes, etcétera.

En definitiva, todos los elementos hasta ahora analizados nos permiten definir la **corrupción en la modificación** de un contrato como *toda modificación de un contrato que trae causa o se produce con el fin de satisfacer principalmente intereses particulares*.

Bajo esta definición se englobarían conductas aceptadas (o corrupción blanca, en la terminología de Arnold J. HEIDENHEIMER⁷⁴⁶), por ejemplo, aquellas modificaciones provocadas de proyectos mal diseñados debido a las prisas de inaugurar infraestructuras en año electoral. Y también abarcaría las modificaciones más groseras, como las que tienen origen en el pago de sobornos a los agentes implicados⁷⁴⁷.

Una vez formulada la definición de qué se puede entender por corrupción, en seguida nos topamos con otro problema: **cómo medirla**. Se trata de un fenómeno que por su naturaleza permanece oculto lo que hace difícil su medición⁷⁴⁸. No obstante, debe desterrarse la opinión generalizada de que no es posible medirla⁷⁴⁹.

Desde la década de los setenta hasta los noventa, el método utilizado era predominantemente el método del caso; esto es, el análisis de casos individuales. Buen ejemplo de ello es el primer gran trabajo en la materia *Corruption: A Study in Political Economy*, escrito por Rose-Ackerman en 1978 y basado en casos aislados e información muchas veces proveniente de los medios de comunicación⁷⁵⁰.

Hoy los estudios de casos aislados siguen siendo importantes, aunque el surgimiento de índices transnacionales es lo que está permitiendo profundizar en el estudio de la corrupción.

⁷⁴⁶ A. J. HEIDENHEIMER, “Perspectives on the Perception of Corruption”, en *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1993.

⁷⁴⁷ Por ejemplo, la Operación Yogui por sobrecostes del AVE, que está siendo investigada en el momento de escribir estas líneas.

⁷⁴⁸ En este sentido D. DELLA PORTA; S. ROSE-ACKERMAN, “Corrupt Exchanges: An Introduction”, cit., p. 8-9

⁷⁴⁹ D. KAUFMANN; A. KRAAY; M. MASTRUZZI, “Measuring Corruption: Myths and Realities”, en *Global Corruption Report: Judicial Corruption*, Berlin, 2007., p. 318; F. GALTUNG, “Measuring the Inmeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices”, en *Measuring Corruption*, Ashgate, London, 2006.

⁷⁵⁰ Hecho que la propia autora pone de manifiesto en S. ROSE-ACKERMAN; T. SØREIDE (EDS.), *International handbook on the economics of corruption*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006., p. XV.

Efectivamente, será a partir de finales de los ochenta y principios de los noventa, con la introducción de los llamados “índices de corrupción”, cuando el estudio de este fenómeno socio-económico alcanza otra dimensión. Es entonces cuando la elaboración de estos índices y sus usos comparativos y econométricos permite avanzar enormemente en el estudio de la corrupción⁷⁵¹. Aunque algunos autores han puesto de manifiesto la fragilidad de dichos índices a la hora de hacer análisis empíricos objetivos⁷⁵², debe reconocerse que gracias a ellos el estudio de la corrupción ha avanzado⁷⁵³. Otro de los métodos utilizado es la búsqueda sistemática en medios de comunicación. Un buen ejemplo de ello se encuentra en COSTAS-PÉREZ *et al.* que recopilan la información sobre casos de corrupción en entes locales españoles de 1996 a 2009⁷⁵⁴.

En el caso de la modificación de contratos son dos los métodos utilizados. Por un lado, el método del caso a través del cual se realizan análisis forenses de casos aislados, lo cual no es fácil dada la complejidad que muchas veces alcanzan este tipo de supuestos.

También se ha acudido a índices de percepción. Por ejemplo, las encuestas realizadas para el Informe contra la corrupción en la Unión Europea elaborado por la Comisión muestra que existe la percepción de que hay una serie de prácticas ilegales muy extendidas en la contratación: pliegos preparados para que uno de los candidatos obtenga el contrato (57%), conflictos de interés (54%), colusión en las ofertas (52%), criterios de selección ambiguos (51%), abuso de procedimientos negociados (47%), abuso de los casos de urgencia para justificar adjudicaciones directas (46%), o modificaciones abusivas del contrato cuando ha comenzado a ser ejecutado (44%)⁷⁵⁵. Más adelante se analizará la situación de España al respecto.

3.4.1.2. *Formas de corrupción en la modificación*

En general se habla de dos tipos de corrupción: la corrupción política y la corrupción

⁷⁵¹ En palabras de FLORINI, se trata del instrumento que situó a la corrupción en el panorama internacional FLORINI, A., “The End of Secrecy”, *Foreign Policy*, vol. 111.

⁷⁵² S. ANDERSSON; P. HEYWOOD, “The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International’s Approach to Measuring Corruption”, *Political Studies*, vol. 57, 2009.

⁷⁵³ S. ROSE-ACKERMAN; T. SØREIDE (EDS.), *International handbook on the economics of corruption*, cit., xxii.

⁷⁵⁴ E. COSTAS-PÉREZ; A. SOLÉ-OLLÉ; P. SORRIBAS-NAVARRO, “Corruption Scandals, Press Reporting, and Accountability. Evidence from Spanish Mayors”, *IEB Working Paper 2011/99*, 2011.

⁷⁵⁵ EU COMMISSION, *EU Anti-corruption Report*, 2014.

administrativa. Si nos centramos en el estudio de la corrupción en los modificados, se puede afirmar que encontraremos de ambos tipos.

Por un lado, la llamada corrupción política se refiere a la toma de decisiones en altas instancias del Ejecutivo o del Legislativo. Se trata de la toma de decisiones que marcarán las necesidades de contratación posteriores. Por ejemplo, si se decide ampliar la red ferroviaria de alta velocidad, si se aprueba la provisión de vacunas ante un brote de una enfermedad muy determinada o si se decide externalizar la gestión de los hospitales públicos sin base económica alguna. Es decir, decisiones que llevan a la aprobación de gastos sin sentido alguno. Estas decisiones serán corruptas en la medida en que entren en la esfera de la llamada “captura del regulador” y “captura del legislativo”, algo *a priori* difícil de demostrar.

Pero también habrá que estar a la llamada “corrupción administrativa”, que se ciñe al procedimiento administrativo⁷⁵⁶. Así, los comportamientos corruptos pueden surgir durante las distintas fases de la contratación⁷⁵⁷. En lo que respecta a la modificación, las formas que suele adoptar la modificación del contrato producida como consecuencia de una relación de corrupción puede adoptar una o varias de las siguientes formas:

- i) Una forma de modificación muy difícilmente detectable es la entrega de bienes o servicios en condiciones que no eran las acordadas sin que ello suponga imponer las correspondientes penalizaciones⁷⁵⁸. El gran ejemplo es el de la utilización de peores materiales o personal de menor categoría, típico en los contratos de consultoría. En este sentido la modificación más extrema, pero muy habitual en los casos detectados de corrupción, es la de no realizar los servicios ni proporcionar los bienes, pero cobrar las facturas como si se hubiese hecho. Por ejemplo, cuando se entregan informes de consultoría que no cumplen lo acordado o que directamente no se realizan⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ N. DORN; M. LEVI; S. WHITE, “Do European procurement rules generate or prevent crime?”, *Journal of Financial Crime*, vol. 15, 3, 2008.

⁷⁵⁷ Un ejemplo real de corrupción en diversas fases se observa en D. DELLA PORTA; A. VANNUCCI, “Analysing Political Corruption in Western Europe: Spain and the UK in Comparative Perspective”, cit.

⁷⁵⁸ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government*, cit., p.18 ; O. COMPTE; A. LAMBERT-MOGILANSKY; T. VERDIER, “Corruption and Competition in Procurement Auctions”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 36, 1, 2005., p. 10 y 11.

⁷⁵⁹ Caso Millet (Auto de 12 de julio de 2013 de conclusión de la Instrucción e incoación del procedimiento abreviado, Juzgado de Instrucción número 30 de Barcelona; Diligencias Previas núm. 3360/2009-D).

- ii) La modificación del contrato que altera la naturaleza de éste, facturándose bienes y servicios claramente no cubiertos en el contrato original. Veremos en el estudio de la cuestión en España el llamado caso IMESA.
- iii) La aprobación de nuevas obras (complementarias o a través de modificado), así como la revisión de precios cuando no concurren las circunstancias que lo justifiquen. Suele ocurrir cuando la adjudicación se ha realizado por un precio temerariamente bajo. Así, ya en el procedimiento de adjudicación puede comenzar a fraguarse el intercambio corrupto. El presentar una oferta baja siendo consciente que luego se modificará el contrato es lo que se conoce como “lowballing”⁷⁶⁰. El pacto ilícito puede haberse dado antes de la adjudicación, incluso antes de que el contratista decidiese presentar su oferta. De esta manera, es el pacto entre ambas partes el que empuja al contratista a presentarse a la licitación a sabiendas de que obtendrá unas condiciones ventajosas a posteriori⁷⁶¹.

En estos casos es importante la tarea del responsable del contrato así como del auditor o interventor.

- iv) Una irregularidad que puede considerarse corrupción si nos atenemos al sentido amplio de la definición antes dada es la de las modificaciones que pretenden eludir los controles. Por ejemplo, en España era muy habitual modificaciones del 19,90-19,99% siendo el 20% el límite superado el cual había que remitir la modificación al órgano consultivo correspondiente para ser supervisada⁷⁶².

En general, muchas de estas actividades están ya cubiertas por el Código Penal, aunque la dificultad probatoria y la ausencia de responsabilidad personal hace que ello apenas tenga consecuencias. El interés general en ocasiones ha supuesto una coartada impenetrable. En palabras de PRADERA, parece existir no sólo una presunción de inocencia, sino también de virtud, en la toma de decisión⁷⁶³.

⁷⁶⁰ G. WARE Y OTROS, “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, cit., p. 302.

⁷⁶¹ Profundizamos en el estudio de las bajas temerarias en otro lugar de este trabajo.

⁷⁶² Ver estadísticas en J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

⁷⁶³ J. PRADERA, *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, cit., p. 39.

3.4.1.3. Soluciones a la corrupción: prevención, detección, punición

En lo que respecta a las **soluciones**, la literatura científica ha sido prolífica en propuestas siempre con la idea base de que no hay que caer en el pesimismo absoluto, en pensar que la corrupción no puede ser contrarrestada⁷⁶⁴. Como señala ROSE-ACKERMAN, la total eliminación de la corrupción exige un coste muy alto e inasumible, pero se pueden tomar medidas encaminadas a reducir su alcance y sus efectos⁷⁶⁵. Se abordan ahora algunas soluciones que de una u otra manera tienen conexión con la modificación de los contratos.

Desde este momento se debe reconocer que con la simple reforma legal el problema no estará solucionado⁷⁶⁶. Es más, la puesta en marcha de regulaciones que vayan directamente contra la corrupción es en ocasiones contraproducente⁷⁶⁷. Suele ser habitual que tras una ola de escándalos de corrupción se aprueben normas para evitar que vuelvan a ocurrir sucesos parecidos. Normas que están repletas de nuevos procedimientos y controles, como si la corrupción se solucionase a base de novedades normativas y no de hacer funcionar los mecanismos que ya existen.

Lo que sí es cierto es que determinadas medidas legales pueden poner más difícil al corrupto lograr su objetivo o, cuanto menos, lograr que su sensación de impunidad desaparezca. Como observa GRAF LAMBSDORFF, toda corrupción supone un intercambio y por tanto un foco de costes de transacción⁷⁶⁸: estudiar esos costes y tratar de aumentarlos puede servir como instrumento para atacar la corrupción. Por ejemplo, la naturaleza del fenómeno impide

⁷⁶⁴ P. TREPTE, “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Public Procurement: Possibilities and Limitations”, cit., p. 4: “... it is important not to treat as an inevitable consequence of the procurement function what is essentially an avoidable by-product of such an activity”.

⁷⁶⁵ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government*, cit., p. 4.

⁷⁶⁶ J. GRAF LAMBSDORFF, “Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?”, en Susan Rose-Ackerman, Tina Søreide (eds.) *International handbook on the economics of corruption*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006 (Elgar original reference)., p. 38: no se han probado empíricamente el resultado de muchas de las reformas introducidas. Por ejemplo, las sanciones o los estándares legales. También se pronuncia contra la regulación como única solución P. TREPTE, “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Public Procurement: Possibilities and Limitations”, cit., p. 24 y 25; el autor considera que en ocasiones las normas pueden ser una tapadera perfecta para los comportamientos corruptos, y habla de “regulación indiscriminada”.

⁷⁶⁷ Así por ejemplo A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson Reuters, Barcelona, 2014., p. 19.

⁷⁶⁸ J. GRAF LAMBSDORFF, “What Nurtures Corrupt Deals? On the Role of Confidence and Transaction Costs?”, en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2002.

que pueda recurrirse a mecanismos externos para el cumplimiento del acuerdo (v.g. jueces); será difícil encontrar un socio en quién fiarse; se puede producir el efecto lock-in por miedo a la denuncia, etc. Todo ello produce que los costes de transacción sean muy superiores a los de una relación normal. Así, las medidas legales pueden explotar el miedo de los que intervienen a comportamientos oportunistas.

Ahora se plantean las soluciones que suelen citarse, tratando, eso sí, de aplicarlas a la modificación de los contratos⁷⁶⁹. Muchas de ellas sólo serán mencionadas en tanto que serán objeto de análisis posterior, ya que no siempre sirven como mecanismo de lucha contra la corrupción. Las clasificaremos según sean soluciones encaminadas a la prevención, a la detección o a la punición de conductas corruptas.

Respecto a los **instrumentos preventivos**, son varias las soluciones propuestas.

El mecanismo preventivo que parece ir imponiéndose poco a poco es el de regular los conflictos de interés⁷⁷⁰. Estas normas sobre conflicto de intereses incorporan varios aspectos como el deber de informar de patrimonio e intereses (que no es una finalidad en sí mismo)⁷⁷¹, un conjunto de incompatibilidades, de deberes de abstención y de prohibiciones de contratar.

Sirva como advertencia la reflexión de REED cuando diferencia conflicto de interés y corrupción al entender que el primero es un estado mientras que la segunda es una acción. Por supuesto que una condición necesaria para que exista corrupción es que exista un conflicto de interés, pero no todo conflicto de interés tiene necesariamente que acabar en corrupción⁷⁷². Un cargo público o funcionario que actúe bajo altos estándares éticos debería poner de manifiesto la existencia de un conflicto de interés – sea actual o potencial- de manera que la sombra de la duda se desvanezca. Si decide no hacerlo aun así los mecanismos de control deberían ser capaces de detectarlo. No ser capaz de gestionar bien estos conflictos puede facilitar las corruptelas.

⁷⁶⁹ Buenos trabajos que recopilan las soluciones que suelen citarse: T. SOREIDE, *Corruption in Public Procurement: Causes, Consequences, Cures*, CMI, Bergen, 2002.

⁷⁷⁰ Sobre conflictos de interés en general ver N. NIKOLOV, “Conflict of interest in European public law”, *Journal of Financial Crime*, vol. 20, 4, 2013.

⁷⁷¹ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., p. 208

⁷⁷² Q. REED, “Sitting on the Fence: Conflicts of Interest and How to Regulate Them”, *U4 Issue*, vol. 2008:6, 2008., p. 7 a 9

A nivel internacional se ha producido una reacción en este sentido, primero desde Naciones Unidas (1995)⁷⁷³, luego desde la OCDE (2003)⁷⁷⁴ y el Consejo de Europa a través de su grupo GRECO (2012)⁷⁷⁵. También la Unión Europea en la nueva Directiva 2014/24/UE incorpora por primera vez normas al respecto – la Directiva 2004/18 sólo lo mencionaba en los considerandos, pero no adoptó ninguna norma al respecto. SÁNCHEZ-GRAELLS considera que la norma debe ser bienvenida, pero critica que no se haya especificado qué relaciones generan este tipo de conflictos⁷⁷⁶. La Directiva ofrece una definición en el artículo 24:

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Por tanto, es una norma rígida que vela también por la apariencia de integridad, cuando en su redacción habla de “interés directo o indirecto” o que “pudiera parecer que compromete”. Y utiliza esta definición para enunciar en el artículo 57.4 un motivo de exclusión “posible” (no obligatorio):

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) e) cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24;

⁷⁷³ Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos (12 de diciembre de 1996).

⁷⁷⁴ OCDE, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, 2003.

⁷⁷⁵ Uno de los temas elegidos en su cuarta ronda de evaluación es precisamente los conflictos de interés (https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp)

⁷⁷⁶ A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., nota pie 222.

Esta tendencia hacia la regulación de los conflictos de interés también se repite en distintas naciones europeas⁷⁷⁷; también en España como en seguida veremos.

Una manifestación de la prevención de conflictos de interés es la normativa respecto a la financiación de los partidos. En líneas generales, todas las legislaciones sobre financiación de partidos suelen ir encaminadas a la transparencia y, a veces, la limitación de las donaciones de los particulares en la medida en que éstas se pueden convertir en mecanismos de compra de voluntad.

Otros mecanismos más innovadores giran en torno a la utilización de mecanismos de *soft law* o Derecho indicativo, como los códigos de conducta. Sobre estos últimos, la investigación cualitativa llevada a cabo por el Foro Económico Internacional y elaborada por D'SOUZA y KAUFMANN entre más de 11.000 empresas de 125 países pone de manifiesto que el uso de este tipo de mecanismos apenas da resultados⁷⁷⁸.

Ejemplo de esta tendencia reciente hacia instrumentos de derecho indicativo es la corriente que defiende la idea de buen gobierno y buena administración como herramientas para luchar contra la corrupción. Ello tiene su exponente en el principio de principio de integridad a todos los rincones de la acción administrativa⁷⁷⁹. La integridad fomenta la buena administración, pero a la vez sirve para luchar contra la corrupción en la medida en que “integridad y corrupción son dos caras de la misma moneda”⁷⁸⁰.

Más clásica es la solución preventiva de fortalecer los controles *ex ante*. Entre los controles preventivos el que mayor importancia tiene es el que realiza el responsable del proyecto, acompañado del control económico-financiero de las operaciones que se van realizando (lo

⁷⁷⁷ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., p. 170.

⁷⁷⁸ A. D'SOUZA; D. KAUFMANN, *Who Bribes in Public Contracting and Why: Worldwide Evidence from Firms*, The Brookings Institution, 2010., p. 24.

⁷⁷⁹ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., p. 19; el autor considera que la buena administración se refiere hoy al conjunto de valores desde los que la ciudadanía juzga la legitimidad de las administraciones públicas (p. 24). Ver también PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en *Anuario del Gobierno Local 2012*, mayo de 2013, Fundación Democracia y Gobierno Local - Institut de Dret Públic, página 105.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 53; el propio autor define la integridad como “la actuación de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento por parte de los altos cargos y los empleados públicos, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general” (p. 58).

que en España sería la Intervención).

A medio camino entre la función preventiva y la **función de detección** está la extensión del principio de transparencia en su sentido más amplio – no limitado a publicar algunos datos en la web. La transparencia, la información, se convierten así en requisito previo a todo tipo de control⁷⁸¹. Normalmente se crea un falso –e interesado- debate entre control y eficiencia. Mayor control y transparencia no deben confundirse con reducir la discrecionalidad. Ésta debe ser la misma o más ya que sólo así se garantiza un sistema de contratación eficiente. Pero ello debe ir acompañado de mayores y mejores controles junto con una transparencia absoluta. Ahora bien, la transparencia no lo puede todo. Como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, en los ámbitos de contratación y urbanismo si las bases ya están predeterminadas para que uno de los candidatos obtenga el contrato, la transparencia del proceso no sirve de nada⁷⁸².

El clásico mecanismo de detección son los controles *ex post*. Fundamentalmente a través organismos especializados en corrupción⁷⁸³, como la *Service central de prévention de la corruption* en Francia⁷⁸⁴.

Asimismo, hay organismos no especializados y encargados de la fiscalización del sector público, los llamados EFS (Entidades Fiscalizadoras Superiores, o SAI por sus siglas en inglés)⁷⁸⁵, como nuestro Tribunal de Cuentas⁷⁸⁶. Estos órganos de control suelen depender directamente del Legislativo en la medida en que controlan la actuación del ejecutivo. Aunque profundizaremos más adelante en el estudio de estos órganos, debe ahora subrayarse que no existe unanimidad sobre si estos órganos de fiscalización externa tienen la lucha

⁷⁸¹ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government*, cit., p. 162.

⁷⁸² R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014., p. 10.

⁷⁸³ Sobre este tipo de organismos anti-corrupción ver J. HEILBRUNN, “Anti-Corruption Commissions: Panacea or Real Medicine to Fight Corruption?”.

⁷⁸⁴ En Francia también existe desde 1993 un organismo autónomo vinculado al Ministerio de Justicia que centraliza toda la información sobre lucha contra la corrupción. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et le Décret d'application n° 93-232 du 22 février 1993.

⁷⁸⁵ Sobre los modelos existentes ver K. DYE; R. STAPENHURST, “Pillars of Integrity: The Importance of Supreme Audit Institutions in Curbing Corruption”, *The Economic Development Institute of the World Bank*, 1998., p. 5.

⁷⁸⁶ Sobre el papel de nuestro Tribunal de Cuentas en la lucha contra la corrupción ver M. A. ARNEDO ORBAÑANOS, “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: Posibilidades y limitaciones”, *Revista española de control externo*, vol. 3, 1999.

contra la corrupción entre sus principales tareas (sólo a partir del Congreso de Montevideo de 1998 comienza a extenderse esta idea)⁷⁸⁷. Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas Europeo ha declarado que su misión no es investigar el fraude sino prevenirlo⁷⁸⁸.

Un mecanismo de detección en estado puro y sobre el que se debate mucho en la actualidad es el de la figura del *whistleblower* o denunciante⁷⁸⁹. El fenómeno de la denuncia debe ser visto como algo inevitable, por la imposibilidad de llegar con sus medios de control a todos los rincones de la actividad pública. El Estado pide a los propios empleados públicos que destapen las actividades corruptas. A estos programas de protección al denunciante pueden añadirse los programas de recompensas –normalmente sobre un porcentaje de lo recuperado.

Un ejemplo es la regulación estadounidense al respecto, la *False Claim Act*⁷⁹⁰. Dicha norma permite al Gobierno perseguir los casos en que se haya cobrado dinero público de manera irregular. A esta norma se incorporó lo que se denomina “qui tam provision” (31 USC, 3729 y siguientes), una cláusula por la que se permite que un individuo denuncie cualquier fraude en los programas del Gobierno y a cambio recibir un porcentaje de lo recuperado⁷⁹¹. Según KOVACIC, en 1987 hubo 33 denuncias, pasando a 274 en 1995 y recuperándose cerca de mil millones de dólares (185 de ellos destinados a pagar recompensas)⁷⁹². Otros países europeos estudian su incorporación, como el Reino Unido, que derogó esta figura en 1951, se plantea ahora reinstaurarla⁷⁹³.

Ahora bien, potenciar la figura del *whistleblower* pasa por fortalecer su protección frente a represalias⁷⁹⁴.

⁷⁸⁷ Ver al respecto el documento INTOSAI, Collection of Important Literature on Strengthening Capacities of Supreme Audit Institutions on the Fight against Corruption, Octubre 2013.

⁷⁸⁸ M. GARCÍA-CRESPO, “Una nota sobre la corrupción”, *Revista española de control externo*, vol. 40, 2012., p. 183.

⁷⁸⁹ R. J. MCCARTHY, “Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers”, *William & Mary Policy Review*, vol. 13, 184-228, 2012. pone en duda su eficacia.

⁷⁹⁰ Norma aprobada en 1863, y reformada sustancialmente en 1986.

⁷⁹¹ Sobre la historia de esta cláusula ver C. DOYLE, “Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes”, *Congressional Research Service*, 2009.; sobre la cláusula en general ver J. T. BOESE, *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, 4ª, 2011.

⁷⁹² W. E. KOVACIC, “Whistleblower Bounty Lawsuits as Monitoring Devices in Government Contracting”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 29, 1995.; según el autor esta norma “created the most potent decentralized monitoring system in American public law”.

⁷⁹³ Ver HM Government, *Serious and Organised Crime Strategy*, 2013.

⁷⁹⁴ Una crítica del modelo Americano en R. J. MCCARTHY, “Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers”, cit.

Estrechamente relacionado con la figura del *whistleblower* también se plantea la autodelación, esto es, la denuncia de actividades en las que uno mismo se ha visto inmerso a cambio de algunos privilegios como la atenuación del castigo. Es lo que en Derecho de la competencia se llama programa de clemencia (“leniency”), pero que no se han extendido al campo de la contratación pública. Sí hay experimentos como su utilización frente a la Mafia italiana y el efecto que tuvo en la reducción de la criminalidad⁷⁹⁵.

Estas iniciativas suponen apoderar y proteger a los ciudadanos para que sean capaces de denunciar cualquier práctica corrupta que observen o en la que se vean inmersos. Tendrán los efectos deseados si crean los incentivos suficientes para el denunciante, logrando que el corrupto no disfrute de un ambiente de impunidad⁷⁹⁶. Ahora bien, ponen de manifiesto la impotencia del Estado para frenar la corrupción. Ello no es nuevo. La contratación pública, por ejemplo, siempre ha sido un ámbito en que los contratos ilegales han sido declarados nulos gracias a la labor de los interesados, y rara vez de los órganos de control. Por supuesto que estos mecanismos descentralizados de control deben ir acompañados de garantías suficientes, pero más allá de eso, la resistencia frente a estos mecanismos no hace más que levantar sospechas.

En lo que respecta la modificación de contratos también se ha trabajado en la creación de las llamadas “banderas rojas” o *red flags*, esto es, crear una serie de indicadores que permitan seleccionar los contratos que pueden encubrir modificaciones ilegales⁷⁹⁷. Así, y llevado a un caso extremo, las modificaciones de un contrato deberían ser objeto de un análisis minucioso si éste ha sido adjudicado sin licitación alguna, o logrado gracias a una baja temeraria.

Después de mencionar algunas soluciones con funciones preventivas y de detección, es momento de señalar cuales son las **soluciones represivas, esto es, en el campo de la punición**. Son dos los niveles en los que opera la sanción: un nivel penal y un nivel

⁷⁹⁵ A. ACCONCIA; G. IMMORDINO; S. PICCOLO; P. REY, “Accomplice Witnesses and Organized Crime: Theory and Evidence from Italy”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, 4, 2014.

⁷⁹⁶ J. R. HOLLYER, “Is it Better to Empower the People or the Authorities? Assessing the Conditional Effects of ‘Top-Down’ and ‘Bottom-Up’ Anti-Corruption Interventions”, *MacMillan Center for International and Area Studies Yale University*, 2011.

⁷⁹⁷ C. KENNY; M. MUSATOVA, “Red Flags of Corruption in world Bank Projects: An Analysis of Infrastructure Contracts”, *World Bank Policy Research Working Paper*, vol. 5243, 2010.

administrativo. Desde la óptica penal, el incremento de las sanciones es una solución recurrente. Por ejemplo en EEUU, entre 1970-1984 sube la posibilidad de ser condenado y entrar en prisión, lo cual lleva a disminuir la corrupción⁷⁹⁸.

Pero en el ámbito penal no siempre es fácil lograr un castigo efectivo. Por eso existen tendencias que defienden la administrativización de los castigos, en el ámbito anglosajón se habla de la vía civil como opuesta a la penal, si bien aquélla incluye al Derecho administrativo⁷⁹⁹.

Enseguida profundizaremos en aquello que se puede hacer desde el Derecho Administrativo a través de figuras ya existentes en España como el ya mencionado mecanismo de prevención de conflictos de interés, la exclusión de los licitadores corruptos, la desviación de poder y la repetición del coste que suponga para la Administración una decisión negligente de autoridad o funcionario público⁸⁰⁰. Interesa ahora dejar constancia que las nuevas Directivas en su artículo 57.1.b) incluyen el mandato de considerar la corrupción como motivo de exclusión:

“Los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado mediante la comprobación a que se refieren los artículos 59, 60 y 61, o tengan constancia de algún otro modo de que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos: (...) b) corrupción, tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico”.

Como reflexión final, debe tenerse en cuenta es que estas soluciones no se pueden considerar

⁷⁹⁸ R. GOEL; D. RICH, “On the Economic Incentives for Taking Bribes”, *Public Choice*, vol. 61, 1989.

⁷⁹⁹ B. MICHAEL, “Suing against Corruption: The Role of Civil Law”, *Policy Innovations*, vol. July, 2007, fecha de consulta 1 mayo 2015, en <http://www.policyinnovations.org/ideas/innovations/data/000015>.

⁸⁰⁰ Sobre la importancia del Derecho Administrativo se pronuncia R. RIVERO ORTEGA, “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano”, 2004.

aisladamente sino en conjunto. Así, imponer límites al poder público, con mejores controles y mayor capacidad judicial sería una potente estrategia anticorrupción⁸⁰¹. En este sentido la OCDE diseña lo que llama “marco de integridad” en la contratación pública⁸⁰², cuya aplicación a España ha sido realizada por AGUSTI I CERILLO⁸⁰³. A través de un conjunto de mecanismos (la transparencia, la buena gestión, la prevención, el seguimiento, la rendición de cuentas y el control) se pretende inculcar una cultura de la integridad a lo largo de todo el proceso de contratación, incluida la ejecución del contrato.

⁸⁰¹ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government*, cit., p. 143

⁸⁰² OECD, *Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z*, 2007.; OECD, *Enhancing Integrity in Public Procurement: A Checklist*, OECD Publishing, 2008. ; OECD, *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD Publishing, 2013. ;

⁸⁰³ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit.

CAPÍTULO 4: MODELOS DE REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

4.1. Los modelos identificados. Hacia un modelo común.

Al comienzo de este trabajo nos hemos preguntado si la modificación de los contratos supone un problema sólo en España o, por el contrario, se trata de un problema compartido por otros países. La respuesta ha sido clara: la modificación del contrato es un problema presente en todos los países. Ello nos ha empujado a estudiar algunos sistemas regulatorios (la elección se justifica en el apartado de metodología).

El ejercicio de Derecho comparado que hemos llevado a cabo arroja la existencia de dos modelos diferenciados según la intensidad que tengan los límites a la modificación.

Un estudio superficial de las realidades nacionales aconsejaba su clasificación en función de si existen poderes unilaterales para modificar o no. Así, por un lado, existe un modelo de regulación que permite a una de las partes contratantes, la entidad pública, modificar el contrato de manera unilateral aunque nada establezcan los pliegos. Este modelo lo hemos denominado como “modelo de prerrogativa”. Ejemplos de este sistema son Francia, Italia o España. Por otro lado, existe otro modelo de regulación en que el contrato sólo puede ser modificado cuando así lo acuerden las partes, ya sea en los pliegos o a través de acuerdos durante la ejecución del contrato. Este modelo lo hemos denominado “modelo convencional”. Ejemplos de este sistema son Reino Unido o Estados Unidos. Dentro de este modelo hay dos versiones claramente diferenciadas en función de la existencia de normas sobre la modificación. En el Reino Unido no hay normas generales sobre la modificación, sino que habrá que estar a las normas presupuestarias de cada ente. En Estados Unidos, sin embargo, las FAR regulan el contenido y alcance las cláusulas de modificación, así como los casos en que deben incluirse en el contrato unas u otras cláusulas.

Sin embargo, esta clasificación basada en el poder que puede ejercer el contratante público es una clasificación hoy ya superada por varias razones.

En primer lugar, porque los modelos de prerrogativa también suelen aceptar la modificación por mutuo acuerdo de las partes. Es el caso de Francia, donde veremos cómo se prefiere la modificación por mutuo acuerdo a la modificación unilateral, si bien la entidad pública tiene

la posibilidad de acudir a ese mecanismo.

Asimismo, aunque la modificación sea formalmente unilateral, lo cierto es que el contratista raras veces se opone a ella, siendo el primer interesado en que se lleve a cabo en la medida en que le suponga un incremento de la cifra de negocio.

En segundo lugar, porque los modelos convencionales a través de las propias cláusulas del contrato han ido incorporando a los contratos la posibilidad de que una de las partes introduzca modificaciones al contrato. Un ejemplo es el asunto Legal Commission en Reino Unido, donde se introduce la posibilidad de introducir modificaciones ilimitadas a un contrato de servicios jurídicos. Como señala COMBA, “se puede afirmar que en los principales ordenamientos jurídicos europeos se encuentra la exigencia de garantizar a la parte pública, en la ejecución del contrato, una posición de preminencia consistente en la facultad de modificar unilateralmente el contrato, con algunos límites, y de resolverlo por motivos de interés público”⁸⁰⁴.

En tercer lugar, en todos los sistemas estudiados se observa una tendencia a reconocer que la modificación del contrato, sea a través de mutuo acuerdo o de la modificación unilateral, puede distorsionar la licitación inicial. Ese objetivo de proteger el principio competitivo lleva a que se prohíban modificaciones sustanciales del contrato a través de diferentes doctrinas. Ello supone una reducción de la discrecionalidad de las entidades adjudicadoras, que en ningún caso podrán modificar el contrato fuera de los supuestos previstos. A su vez esto aleja a la contratación pública de la contratación civil, lo cual supone una verdadera revolución en países como el Reino Unido.

Por ello la clasificación llevada a cabo no gira en torno al poder de modificación, sino a los límites que los sistemas imponen a la modificación del contrato, con independencia de la técnica seguida. Situando los límites a la modificación en el centro del debate se han identificado dos modelos: i) el modelo de modificación sin límites; ii) el modelo de modificación sujeta a limitaciones. Un caso singular es el del Derecho de la Unión Europea, que veremos como ha pasado de ser un modelo de modificación sin limitaciones a imponer ciertos límites.

⁸⁰⁴ M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2011., p. 28

En todo caso, las diferencias entre estos modelos tienden a desaparecer ya que, cada vez más, la capacidad de distorsión sobre la licitación inicial está emergiendo como límite infranqueable. El principio licitatorio se ha ido imponiendo en todos los ordenamientos como el sistema por excelencia. Todas las prácticas que de alguna manera lo excepcionen son tratadas con suma cautela. En Europa, por ejemplo, el Derecho europeo está contribuyendo de manera decisiva a homogeneizar los sistemas, al menos en lo que a los contratos cubiertos por las Directivas se refiere, en torno a la figura de la licitación.

Por último, debe señalarse que no existen datos para saber cuál de los modelos se comporta mejor en lo que a modificaciones se refiere. El único estudio que con todas las cautelas podría ofrecernos algún dato es el llevado a cabo por GUASCH para el Banco Mundial, al estudiar las concesiones en varios países de Sudamérica y Caribe. En dicho estudio se refleja que cuando el marco regulatorio (derechos y obligaciones de las partes) era tan sólo el contrato se produjeron más modificaciones (40%) que si aquél se contenía en un Decreto (28%) o en una Ley (17%)⁸⁰⁵

4.1.1. Modelo ilimitado

4.1.1.1. *Modelo convencional no regulado. El modelo del Reino Unido.*

Tradicionalmente en el Reino Unido las reglas aplicables a los contratos públicos se encuentran en el contrato mismo⁸⁰⁶. Esto quiere decir que en el Reino Unido apenas hay distinción entre la relación contractual que existe entre el Gobierno y sus contratistas o la que tienen dos particulares entre sí⁸⁰⁷. Como ya se ha indicado en el apartado de metodología, en Reino Unido la contratación pública fuera del alcance de Derecho europeo se rige por normas de carácter interno más cercanas al Derecho presupuestario que a la contratación pública. De ello se deriva, por ejemplo, que los licitadores no tengan un derecho subjetivo a

⁸⁰⁵ J. L. GUASCH, *Granting and renegotiating infrastructure concessions doing it right*, cit. *Ibid.*, p. 87

⁸⁰⁶ P. CRAIG, "Specific powers of public contractors", en Rozen Noguellou, Ulrich Stelken (eds.) *Comparative Law on Public Contracts Treatise / Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010., p. 173.

⁸⁰⁷ J. MILLER; L. COHEN, "One change too many! Is there any position for the American concepts of «cardinal changes» and the «cumulative impact doctrine» in English law?", *Construction Law Journal*, vol. 18, 5, 2002., p. 380-381.

que se cumpla con dichas instrucciones internas⁸⁰⁸.

En términos generales se puede afirmar que en el Reino Unido se adopta una postura bastante pragmática al respecto. En una investigación cualitativa interesante sobre la modificación y los PFI en el Reino Unido, Peter BRAUN señala que todos los participantes reconocieron que las modificaciones de estos contratos son algo recurrente, incluso una parte natural de los procesos de negociación⁸⁰⁹. Tanto abogados, como empresarios y agentes adjudicadores afirman que volver a publicitar el contrato si hay modificaciones no es una propuesta realista. En general del artículo de BRAUN se observa un punto de vista pragmático a los problemas legales que puedan surgir: “making the projects work”, dejando a un lado el cumplimiento estricto de las reglas de contratación. Acusan a las normas de ser un marco teórico en el que las prácticas comerciales habituales no encajan⁸¹⁰. Ahora bien, el riesgo legal de enfrentarse a un procedimiento por incumplimiento es relativamente bajo. Las dos razones que esgrimen los profesionales son: la cultura instaurada de no acudir a los Tribunales (ya sea por razones comerciales o económicas) y por otro lado, la ineficacia del sistema de remedios.

Esta aproximación pragmática deberá en cierta medida ser abandonada, al menos para los contratos cubiertos por las Directivas. Con la llegada del Derecho Europeo y las normas sobre modificación, se puede hablar de dos bloques diferenciados. Por un lado, las normas a través de las cuales se han transpuesto las Directivas, que son aplicable sólo a los contratos cubiertos por el Derecho europeo (las Public Contract Regulations de 2015, PCR 2015 en adelante)⁸¹¹. Por otro, trataremos de analizar qué normativa es aplicable a los contratos no cubiertos. Para éstos no existe un cuerpo normativo, sino que habrá que estar a las instrucciones internas de cada entidad y a los modelos de pliegos que publica el Gobierno. Tomaremos algunos ejemplos para observar la manera en que se aborda la cuestión. No hay que perder de vista que el 95% de los contratos de construcción en el Reino Unido – públicos y privados- se elaboraron utilizando los modelos estandarizados que a su vez incorporan las

⁸⁰⁸ Como se estudia en otro trabajo, doctrinas como la del contrato implícito (caso Blackpool) o la de los actos propios pretenden limitar la discrecionalidad de los entes adjudicadores. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Introducción al régimen inglés de los contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, 194, 2014.

⁸⁰⁹ P. BRAUN, “Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK’s Private Finance Initiative”, *European Law Journal*, vol. 9, 5, 2003. p. 579.

⁸¹⁰ P. BRAUN, “Strict Compliance versus... *op. cit.*, p. 585

⁸¹¹ The Public Contracts Regulations 2015 (SI 2015/102); sustituyen a las normas de 2006, The Public Contracts Regulation 2006 (SI 2006/05)

cláusulas de cambio⁸¹². Asimismo, acudiremos a la Contract Law con el objetivo de ver si existe alguna figura útil para nuestro estudio.

Se adelanta ya que en su variante de modificación unilateral no es posible como regla general en el Common Law, y tampoco ha sido profundamente abordada por la doctrina⁸¹³. En Reino Unido el contratista sí puede negarse a ejecutar un cambio si considera que excede de lo pactado. Si decide llevarlo a cabo podrá solicitar compensación (“quatum meruit”, es decir, una acción de indemnización que se puede plantear al margen del contrato)⁸¹⁴.

En todo caso, hay que señalar que no existe un poder de modificación inherente al contrato público y concedido por las normas, sino siempre derivado del contrato cuando éste lo prevea⁸¹⁵. Ocurre, sin embargo, que el uso de modelos formalizados en todos los contratos ha terminado por extender la existencia de cláusulas de modificación de los contratos.

Un buen ejemplo que refleja esa doble concepción (modificación convencional como regla general y posibilidad de introducir cambios unilaterales) es el modelo de contrato de servicios de la entidad *Transport for London*, la cláusula 31 establece lo siguiente:

31. Contract Variation

Save where the Authority may require an amendment to the Services, the Contract may only be varied or amended with the written agreement of both Parties. The details of any variations or amendments shall be set out in such form as the Authority may dictate and which may be substantially in the form set out in Schedule 6 and shall not be binding upon the Parties unless completed in accordance with such form of variation.

En términos generales, las partes suelen predefinir un procedimiento a través del cual se realizarán los cambios en el contrato (Change Control Procedure). Se incluye el procedimiento para que las partes propongan, revisen y aprueben cambios, las distintas categorías de cambios, los elementos sobre los que se pueden realizar éstos, entre otros. Además, se identifica quién cumplirá las tareas de “Change Manager”, impulsando el procedimiento descrito. Suelen acordarse procedimientos más flexibles en caso de cambios menores.

⁸¹² C. FISCHER, “Unilateral variations in construction contracts”, *Construction Law Journal*, vol. 29, 3, 2013., p. 217.

⁸¹³ Así de tajante se pronuncia Fischer *Ibid.*, p. 212.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 217.

⁸¹⁵ P. CRAIG, “Specific powers of public contractors”, cit., p. 179.

Asimismo, se incluye el procedimiento para llevar a cabo trabajos adicionales y la manera en la que se fijará su precio. Es más, el propio contrato puede señalar que el contratista no puede negarse a realizar los trabajos adicionales que se ordenen.

Es interesante notar que los contratos suelen incorporar una cláusula que en cierta manera incrementa el impacto del *factum principis* sobre el contratista. Así, por ejemplo, en el modelo de contrato de servicios aprobado por el Gobierno, se establece en la cláusula 13.2 que en casos de cambios normativos (Changes in Law), el contratista no puede ser relevado de sus deberes ni tendrá derecho a un incremento de precios si dicho cambio en la normativa es i) de carácter general; o ii) siendo específico podía ser previsible en el momento del contrato. En el resto de casos el contratista sí podrá poner en marcha el procedimiento de modificación.

Los contratos cubiertos por las Directivas están cubiertos por la regulación de las PCR 2015. Este texto transpone la Directiva de manera temprana y con alto grado de literalidad.

La Regulation 72.1.a) se centra en las cláusulas de revisión (“Revision clauses”). Se reproduce literalmente lo establecido en la Directiva al respecto de las modificaciones previstas. En la jurisprudencia hay un caso al respecto, el asunto *Legal Services Commission*, en el que se introduce una cláusula que permite a la entidad pública modificar unilateralmente el contrato sin límite alguno⁸¹⁶. Dicha cláusula es considerada contraria al principio de transparencia, no tanto porque el procedimiento sea poco transparente, sino porque podría permitir la modificación del objeto del contrato por lo que impide a los posibles candidatos determinar qué rendimiento se espera de él y a qué prestaciones se obliga. Por tanto, no sabrá si presentar o no la oferta.

Además, habrá que tener en cuenta el conjunto de normas que limitan la introducción de ciertas cláusulas en los contratos. Por ejemplo, la Unfair Contract Terms Act (1977) y la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation (1999).

La Regulation 72.1.b) regula los trabajos adicionales. Como apunta SÁNCHEZ-GRAELLS,

⁸¹⁶ R (on the application of the Law Society) v Legal Services Commission, Dexter Montague and Partners (a firm) v Legal Services Commission [2007] All ER (D) 469 (Nov) para 86-87 ; también R (Law Society) v Legal Services Commission [2007] EWCA Civ 1264, o R(Law Society) v LSC [2008] QB 737.

el texto inglés modifica ligeramente al de las Directivas, lo que podría considerarse una infracción del Derecho europeo⁸¹⁷. Éste último requiere que las dos condiciones para acudir a este supuesto de modificación sean cumplidas, mientras que en el texto inglés sólo se requiere una de ellas (“or”). Así, establece que,

(b)for additional works, services or supplies by the original contractor that have become necessary and were not included in the initial procurement, where a change of contractor—

(i)cannot be made for economic or technical reasons such as requirements of interchangeability or interoperability with existing equipment, services or installations procured under the initial procurement, or

(ii)would cause significant inconvenience or substantial duplication of costs for the contracting authority,

Es decir, que bajo el sistema inglés sería suficiente con cumplir una de las condiciones, lo cual convierte a este supuesto en una posibilidad más accesible⁸¹⁸. La Regulation 72.1.c) aborda las modificaciones por causa de modificaciones imprevistas, y lo hace replicando de manera literal el texto de las Directivas. La Regulation 72.1.d) se ocupa de las modificaciones subjetivas, que no son objeto de estudio en este trabajo⁸¹⁹. La Regulation 72.1.e) se encarga de las modificaciones no sustanciales, para lo cual remite al apartado 72.8 – siguiendo por tanto el esquema de remisión de las Directivas. Se reproduce el conjunto de condiciones fijadas en el asunto *Presstext* y codificadas en la Directiva.

Un asunto relacionado es el de *Harry Yearsley Limited v MOJ* [2011]⁸²⁰. Se juzga los cambios introducidos en un contrato de suministro de alimentos para prisiones. El licitador apartado considera que tras la adjudicación se alteran características tales como el tamaño de las magdalenas o un pequeño aumento del precio. La Sala sólo considera sustancial el cambio de máquina para cortar carne ya que podría haber permitido ofertas más competitivas. En

⁸¹⁷ SÁNCHEZ-GRAELLS, A., <http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2015/06/modification-of-contracts-during-their.html> (acceso en agosto 2015).

⁸¹⁸ T. KOTSONIS, “Implementation of Directive 2014/24: Regulating the Modification and Termination of Contracts”, *Who’s Who Legal*, vol. julio, 2015, fecha de consulta en <http://whoswholegal.com/news/features/article/32426/implementation-directive-201424-regulating-modification-termination-contracts>.

⁸¹⁹ En todo caso ver *R (on the application of Redwood) v. NHS Purchasing and supply agency* [2009] EWHC 2511 (Admin). En dicho asunto el contratista de un acuerdo amrc de servicios de enfermería entró en concurso y se transfirió el contrato a una filial de Redwood. Sin embargo, esa cesión no es autorizada por la entidad contratante.

⁸²⁰ *Harry Yearsley Limited v MOJ* [2011] EWHC 1160.

todo caso, la Sala considera que la parte actora no aporta prueba alguna, sino que realiza una mera enumeración de los cambios.

La Regulation 72.1.f) y el 72.5 establecen el régimen de las modificaciones menores siguiendo el texto de la Directiva. Según KOTSONIS, en la interpretación que el Gobierno da a la transposición, el valor acumulativo sólo se tiene en cuenta respecto a los límites del 10-15%, pero no para el límite de los umbrales. Así pues, individualmente toda modificación debe ser menor que los umbrales y que el porcentaje límite. Agregadamente será suficiente con que no supere los porcentajes⁸²¹. Esta postura debe ser considerada contraria al texto de la Directiva en tanto que permite que modificaciones agregadas superen los umbrales.

En definitiva, como se puede observar, el régimen de la modificación de los contratos cubiertos por el Derecho europeo apenas cambia respecto de la nueva regulación de las Directivas. Son muchas las dudas que este régimen despierta, y pocas las respuestas que se dan, ni siquiera a través de las directrices informativas publicadas por el Gobierno⁸²².

Sin ser ahora el momento de entrar a analizar todas ellas, sí debe tenerse en cuenta que dentro de la tradición del Contract Law inglés hay varias figuras que son útiles a la hora de estudiar la modificación, tales como la doctrina de los términos implícitos (para valorar qué incluye el contrato original)⁸²³, o la aplicación a la ejecución del contrato de la *doctrine of consideration* según la cual debe existir contraprestación para que exista contrato⁸²⁴. Ahora bien, se trata de instituciones de Derecho privado que sirven para solventar disputas entre las partes del contrato. No se trata, por tanto, de límites a la modificación.

⁸²¹ T. KOTSONIS, “Implementation of Directive 2014/24: Regulating the Modification and Termination of Contracts”, cit.

⁸²² CROWN COMMERCIAL SERVICE, *The Public Contracts Regulations 2015: Guidance on Amendments to Contracts During Their Term*, p. 5.

⁸²³ La primera de ellas es la llamada doctrina de los “implied terms”. Ésta fue introducida por el caso Moorcock (The Moorcock 14 PD 64, 1889) según el cual está implícito todo aquello indispensable para que el acuerdo se ejecute como se acordó, es decir, una condición fundada en la intención presunta y razonada de las partes. En el asunto Moorcock se trataba del carácter implícito de garantizar la profundidad en un atraque arrendado a un navío.

A la hora de introducir variaciones, si estas no están cubiertas por la cláusula de variaciones que pueda tener el contrato, el contratista podría negarse a llevar a cabo el trabajo. Sin embargo, suele ocurrir que el contratista acepta ese trabajo aceptando el pago al respecto y luego reclamando el llamado “quantum meruit”, una figura próxima al quasi-contrato. Cfr. J. MILLER; L. COHEN, “One change too many! Is there any position for the American concepts of «cardinal changes» and the «cumulative impact doctrine» in English law?”, cit., p. 384.

⁸²⁴ Sobre la relación de la doctrina y la modificación ver C. H. TAN, “Contract Modifications, Consideration and Moral Hazard”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 17, 2005.

Respecto al control, de carácter administrativo es interesante notar algunas iniciativas, como la del llamado “Mystery Shopper”, un mecanismo no vinculante y de carácter anónimo de resolución de conflictos. Se pone en marcha por el interesado, que remite su queja al Mystery Shopper, perteneciente al Crown Commercial Service, y éste se pone en contacto con la entidad adjudicadora para tratar de buscar una explicación a un comportamiento que puede ser irregular. Mensualmente se publican los problemas abordados y los resultados obtenidos. Por otro lado, la National Audit Office (NAO) lleva a cabo no sólo un análisis del gasto público general, sino también de casos de sobrecostes que por su magnitud merezcan ser estudiados, como por ejemplo, los Informes sobre la gestión de los contratos de colaboración público privada en los hospitales⁸²⁵.

Respecto al control judicial, se trata de un complejo entramado de mecanismos en función de la naturaleza del contrato. En primer lugar, según el régimen jurídico puede distinguirse entre el régimen de Derecho común y el régimen de Derecho público, conocido como “judicial review”⁸²⁶. En segundo lugar, en función del origen de las normas o principios que regulan los contratos debe distinguirse entre contratos cubiertos por las Directivas o simplemente cubiertos por normas domésticas –lo cual da lugar a un doble régimen de tutela de los licitadores⁸²⁷.

La relación entre ambas clasificaciones no es sencilla ya que en la defensa de un mismo asunto podría elegirse entre varias vías. Imaginemos una decisión administrativa en la adjudicación de un contrato cubierto por las Directivas; si en dicha decisión se da el elemento de Derecho público el interesado podría acudir al procedimiento de “judicial review”. Pero, podría también interesarle acudir al procedimiento que prevé la norma de transposición -que sigue las normas del procedimiento ordinario con las especificidades impuestas por las Directivas⁸²⁸. O en un contrato no cubierto por las Directivas, el interesado podrá acudir al procedimiento ordinario o al “judicial review” según sea la naturaleza de la decisión recurrida.

⁸²⁵ NAO, The performance and management of hospital PFI contracts, HC 68, Sesión 2010-2011, Junio 2010

⁸²⁶ Para un estudio del judicial review ver el capítulo 14 de S. H. BAILEY, *Cases, materials and commentary on administrative law*, 4th ed, Sweet & Maxwell, London, 2005.

⁸²⁷ Un completísimo estudio de este doble régimen de protección en España y Alemania ver S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁸²⁸ Part 7 Civil Procedure Rules.

Además, e independientemente del tipo de contrato, en función de la fase del contrato en la que nos encontremos –fase de adjudicación o fase de ejecución- existirá un mayor o menor número de mecanismos de tutela disponibles. Como veremos, una vez formalizado el contrato el interesado tendrá difícil acceder a la tutela restitutoria –salvo excepciones- quedando como única vía posible la tutela resarcitoria en forma de compensación por daños y perjuicios⁸²⁹.

La legitimación también supone un problema bajo las normas generales del *judicial review*, si bien recientemente se han dado fallos que permiten afirmar que en tiempos recientes se adopta una postura menos estricta –aunque haya algunas muestras de que en materia de contratación sigue manteniéndose ese rigor⁸³⁰. Por ejemplo, en el *asunto Gottlieb*, la High Court considera que aunque no tenga interés económico, el actor tiene legitimación activa suficiente por tratarse de un residente, contribuyente y concejal del municipio, por lo que puede oponerse a una modificación de un contrato de desarrollo urbanístico que cambia un área de vivienda protegida y ocio por zona comercial y nodo de transportes⁸³¹. Entiende la Sala que existe un interés en que se asegure la legalidad del procedimiento de adjudicación, no se malgaste el dinero y se asegure una competición abierta. Esta postura supone una nueva línea jurisprudencial, opuesta a la establecida en el *asunto Chandler*⁸³².

Para concluir señalar que recientemente se han aplicado las normas sobre modificación en un asunto, poniendo de manifiesto alguno de los problemas que éstas conllevan. En el asunto *Edenred*, la High Court estudió la cuestión de la modificación contractual. *Edenred Ltd* interpone recurso frente a la decisión del HM Treasury de acudir al National Savings and Investments (NSI) en la ejecución de un programa de servicios y ayudas para el cuidado infantil en familias trabajadoras. Lo hace porque acudir al NSI conlleva también la incorporación del contratista Atos. *Edenred* considera que se produce una doble infracción,

⁸²⁹ Sobre la tutela de los licitadores en Reino Unido ver X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Tutela judicial y sistema de recursos en la contratación pública inglesa”, cit.

⁸³⁰ S. H. BAILEY, “Reflections on standing for judicial review in procurement cases”, *Public Procurement Law Review*, vol. 4, 2015.

⁸³¹ *R (on the application of Gottlieb) v Winchester City Council* [2015] EWHC 231 ; la High Court da la razón a *Gottlieb*. Queda pendiente ver que tipo de *remedy* se aplica. Al respecto ver R. ASHMORE, “Variations on a theme (Presstext in action) - changes to development plans in favour of commercial developer successfully challenged: *R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council*”, *Public Procurement Law Review*, vol. 24, 3, 2015.

⁸³² *R (on the application of Chandler) v Secretary of State for Children, Schools and Families* [2009] EWCA Civ 1011.

tanto por la adjudicación directa de HM Treasury al NSI; como por la modificación del contrato entre NSI y Atos, que debe ser ampliado para cubrir las nuevas necesidades.

La acción de Edenred trajo consigo la suspensión automática de la adjudicación, situación que la High Court no levanta al entender que de otra manera Edenred sólo podría reclamar daños y perjuicios –algo extraordinario ya que la High Court suele levantar la suspensión automática siempre⁸³³. Y, además, al no existir un procedimiento de adjudicación como tal, la cuantificación de los daños sería muy complicada si no imposible. Como señala Justice LEGGETT:

"To assess damages, the court would have to attempt to evaluate the outcome of a purely hypothetical tender exercise not corresponding in any shape or form to any tender process which had actually taken place. The court would have to attempt to estimate or make assumptions about a number of matters which are highly conjectural, including whether the Government would have decided to hold a tender process at all or would have made an arrangement, for example, for HMRC to provide the relevant services which would not have required a tender, and, if there was a tender, who the tenderers would have been, and what their respective bids might have been, with a view to attempting to estimate the claimant's prospects of being a successful bidder. I agree with the description given by Mr Langlois in a witness statement made on behalf of Edenred that such an assessment would be 'entirely speculative'."⁸³⁴

Y, señala que los efectos negativos del retraso provocado por la suspensión son menores que el interés público a cumplir con la ley.

Ahora bien, el fallo en el procedimiento principal, de 22 de enero de 2015⁸³⁵, considera que, por un lado no hay contrato entre HM Treasury y el NSI, sino que es un convenio que no es legalmente vinculante. Por otro, considera que no se ha producido una alteración sustancial del contrato entre NSI y Atos por varios motivos: i) el contrato estableció un techo para incluir nuevos servicios; ii) que estos nuevos servicios entraban dentro del tipo de servicio anunciado ("more of the same"); iii) los cambios no hubiesen permitido otros licitadores, o arrojado un diferente ganador; iv) los precios se calculan utilizando el mismo modelo y margen de beneficios.

Asimismo, considera que debe ser necesario que exista la posibilidad real y no hipotética de

⁸³³ En este sentido ver las referencias a Reino Unido en X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, "Medidas cautelares y suspensión automática de la adjudicación de un contrato público: el asunto OCS", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, 2014.

⁸³⁴ R (Edenred (UK Group) Limited) v HM Treasury and others [2014] EWHC 3555 p.16.

⁸³⁵ R (Edenred (UK Group) Limited) v HM Treasury and others [2015] EWHC 90.

que se hubiesen atraído a otros candidatos:

"There is much to be said for the approach taken by Coulson J [in *AG Quidnet Hounslow LLP v Hounslow LBC* [2012] EWHC 2639 (TCC)] of requiring evidence that someone beside the original bidders would have bid for the contract, because the EU procurement rules are designed to protect against real, not hypothetical, distortion of competition.

However I do not need to decide the point, because even if one approaches the question on the basis that a hypothetical bidder has been shut out of the bidding process by the absence of reference to the subject-matter of the proposed amendment, it seems to me that in principle that must necessarily be a realistic hypothetical bidder—i.e. the evidence must demonstrate that there would be someone else who would have been ready, willing and able to bid and who would have wished to have done so if the opportunity had been made clear, but who did not do so because it was not.

I do not understand the CJEU in *Presstext* to be saying that a variation is material if someone other than the original bidders might have wanted to bid for the Outsourcing Contract if childcare accounts had been mentioned, however unrealistic that person's aspirations might have been. That interpretation would lead to the highly unsatisfactory conclusion that an amendment which in fact would have made no material difference to the number of actual bidders or the outcome of the bidding process had it been included at the onset would be regarded as a material amendment necessitating a separate procurement process (which in those circumstances would be a waste of time and money)."⁸³⁶

Edenred apeló a la Supreme Court, que desestima el recurso⁸³⁷.

Para concluir, un ejemplo de la existencia de este doble régimen lo encontramos en las standing Orders on Procurement and Contracts del condado de *West Sussex*:

42. Variations permitted by law

42.1 Contracts which are subject to the PCR 2015 shall not be varied other than in accordance with the provisions of the PCR 2015. The Responsible Officer shall request advice from Legal Services in relation to any variation which is subject to the PCR 2015.

42.2 All other proposals to vary contracts not subject to the PCR 2015 shall be considered by the Executive Director on a case by case basis in accordance with the terms of the contract and the obligation to ensure Value for Money

4.1.2. Modelo limitado

4.1.2.1. El modelo francés

La contratación en Francia está, como en España, marcada por la figura del contrato administrativo como institución con características propias. Institución que en Francia nace y se desarrolla a la sombra del contrato de obra pública y de la concesión, si bien se ha

⁸³⁶ R (Edenred (UK Group) Limited) v HM Treasury and others [2015] EWHC 90 (QB) p. 128-129.

⁸³⁷ Edenred (UK Group) Limited and another (Appellants) v Her Majesty's Treasury and others (Respondents) [2015] UKSC 45

extendido hoy a todas las figuras contractuales –lo que GAUDEMET denomina “la banalización del contrato administrativo”⁸³⁸. En todo caso, también en Francia la ejecución de los contratos administrativos está marcada por las prerrogativas de la Administración, que nacen fuera del propio contrato⁸³⁹.

La contratación pública en Francia se rige por la recién aprobada Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, que transpone las nuevas Directivas y deroga al *Code des marchés publics* de 2006 (CMP, en adelante)⁸⁴⁰. Sin embargo, la citada ordenanza no entrará en vigor hasta 2016 por lo que se aplican de forma transitoria las normas pre-existentes (art. 103.1). En todo caso, la nueva norma remite el contenido de la modificación a un posterior desarrollo reglamentario, señalando que “las condiciones en las que un contrato puede ser modificado durante su ejecución son fijadas reglamentariamente. Estas modificaciones no pueden alterar la naturaleza global del contrato. Si la ejecución no puede continuarse sin una modificación contraria a las disposiciones de la presente ordenanza, el contrato podrá ser resuelto por el comprador” (artículo 65)⁸⁴¹.

Tradicionalmente el sistema de modificación de contratos francés se basa en tres principios básicos consagrados desde comienzos del siglo XX: la mutabilidad o adaptabilidad del servicio público; la continuidad del servicio sin interrupción; y la igualdad en el acceso tanto para los operadores económicos como los usuarios⁸⁴².

Para modificar el contrato se puede acudir a una de estas dos figuras i) la modificación convencional o de mutuo acuerdo, que se realiza a través de los llamados “avenants”⁸⁴³, y ii) la modificación unilateral (arts 20 y 118 CMP). Estas figuras no siempre están bien delimitadas ya que no siempre un avenant será el resultado de una modificación por mutuo acuerdo –puede darse el caso que una modificación unilateral concluya con la firma de este tipo de acuerdo. También se puede dar el caso de que una modificación bilateral adopte otras

⁸³⁸ GAUDEMET, Y., Prólogo a H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. vi-vii.

⁸³⁹ Arrêt Conseil d'État 6 mai 1985 *Association Eurolat*.

⁸⁴⁰ Un completo recorrido por las normas se realiza en el apartado de metodología.

⁸⁴¹ Article 65. Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public. Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur.

⁸⁴² S. THELLIEZ-HUGODOT, *La définition de la commande par le pouvoir adjudicateur*, Tesis Doctoral, Valenciennes, 2013., p. 76-77 nota 244.

⁸⁴³ No existe una definición legal para el término “avenant”, que es el término utilizado para referirse a todos los documentos post-contractuales que se añaden al contrato con el fin de introducir modificaciones en éste.

formas, como la “transaction”. En la práctica, la utilización de un mecanismo u otro no responde a lógica alguna más allá de que la modificación unilateral da mayor libertad procedimental, mientras que la modificación por mutuo acuerdo se utiliza para modificar profundamente el contrato. En todo caso, en la práctica la Administración suele tratar de lograr una salida consensuada a la modificación⁸⁴⁴.

En la práctica, la modificación convencional siempre ha existido en la contratación administrativa, aunque apenas recibió atención de la doctrina, en la medida en que se entendía como derecho consustancial a la figura del contrato⁸⁴⁵. La posibilidad de modificar por mutuo acuerdo el contrato se daba por sentado⁸⁴⁶. Fue a finales de los años ochenta cuando comenzó a prestarse atención a la modificación por mutuo acuerdo, coincidiendo con el surgimiento de límites a la modificación del contrato⁸⁴⁷. Interesaba, claro, el juego entre la libertad contractual de las partes y los límites a la modificación – límites que en seguida estudiaremos.

El acuerdo de modificación convencional tiene la misma fuerza obligatoria que el contrato original en la medida en que bebe de la voluntad de las partes contratantes. Así pues, una vez firmado el acuerdo, las partes se comprometen a cumplir las estipulaciones fijadas – no podrá el contratista luego señalar que el precio no cubre los gastos suplementarios derivados de la modificación⁸⁴⁸.

En cuanto a la modificación unilateral, el Consejo de Estado reconoce ésta en dos decisiones de comienzos del siglo XX. En el *Ârret Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* de 1902⁸⁴⁹ y más tarde en el *Ârret Compagnie générale française des tramways* (1910)⁸⁵⁰ se reconoce la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos. En el primer caso, que es similar al posterior *arrêt Gaz Bourdeaux* de 1916, se pretende modificar el suministro de

⁸⁴⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit. p. 146 y 164: “En pratique, l’Administration fait un usage modéré de son pouvoir de modification unilatérale, préférant favoriser la collaboration avec ses cocontractants”; sobre las mezcla de elementos unilaterales y convencionales en p. 273.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 27 y 158.

⁸⁴⁶ G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, cit., p. 377; el autor afirma que el estudio de la modificación por mutuo acuerdo no merecía mayor estudio (« cette hypothèse ne demande aucun développement »).

⁸⁴⁷ Esa atención doctrinal obtuvo respuesta mediante la aprobación del Decreto 92-1310 de 15 de diciembre de 1992, que confirmaba lo que era un hecho en la práctica: la posibilidad de modificar el contrato por mutuo acuerdo. Art. 23 Décret n°92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics

⁸⁴⁸ Arrêt núm. 12239 del Conseil d’État, de 8 de diciembre de 1982 (Entreprise Ducassou)

⁸⁴⁹ Arrêt núm. 94624 Conseil d’État, 10 de enero de 1902 (Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen)

⁸⁵⁰ Arrêt núm. 16178 Conseil d’État, de 11 de marzo de 1910 (Compagnie générale française des tramways)

iluminación a gas por el de electricidad. En el segundo, se pretende alterar tarifas y horarios en una concesión ferroviaria. El Conseil d'État considera en ambos casos que la Administración puede modificar el contrato en base al interés público que se persigue. Su reconocimiento moderno se observa en la decisión del asunto *Union des transports publics* de 1983 en la que señala que "l'administration peut modifier unilatéralement les conditions d'exécution de ses contrats en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs", siendo además un poder irrenunciable⁸⁵¹. Hoy dicho poder de modificación está presente en todos los contratos administrativos, pero no en los privados⁸⁵².

Esta potestad tiene dos formas de materializarse: a través de la “decision de poursuivre” y de la “ordre de service”. La primera debe estar prevista en el contrato y cuyo objeto es la cantidad de trabajo a realizar (recordemos que el avenant, esto es, el mutuo acuerdo, no necesitaba estar previsto). El artículo 118 CMP señala que

« Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur »⁸⁵³

Ahora bien, *decision de poursuivre* y *avenant* no son intercambiables en la medida en que « la décision de poursuivre ne peut être utilisée que pour augmenter le volume des prestations à réaliser pour parvenir à l'achèvement de l'ouvrage, et ces prestations ne peuvent en aucun cas être différentes de celles prévues au marché initial »⁸⁵⁴. No se pueden introducir prestaciones o precios nuevos. Para ello hay que acudir al mutuo acuerdo. En todo caso, la posibilidad de aplicar esta decisión unilateral deberá estar prevista en los pliegos. Ello provoca que se acuda a un mecanismo que no es propiamente una modificación, aunque se use con ese fin: la *ordre de service*. Esta última no es más que la forma de dar instrucciones al contratista, si bien en la práctica se ha convertido en la manera de modificar unilateralmente el contrato ha sido a través de las órdenes en la ejecución (“ordre de

⁸⁵¹ Sobre irrenunciabilidad también Arrêt núm. 262 del Conseil d'État, de 3 de mayo de 1974 (Saint Honore)

⁸⁵² Arrêt CAA Lyon num. 12LY00455 25 de septiembre de 2012 (Commune d'Unieux).

⁸⁵³ En este sentido el Arrêt núm. 87327 Conseil d'État, 24 de octubre de 1990 (RIVP c. Ets Louis et autres).

⁸⁵⁴ En este sentido Repsuesta del Ministerio al Senador durante trámite Parlamentario. Question écrite n° 13627 de M. Jean-Claude Carle (Haute-Savoie - UMP), Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 09/12/2004 - page 2836.

service”). Legalmente no es reconocida como instrumento de modificación del contrato⁸⁵⁵. Esta orden o instrucción es obligatoria para el contratista y de no ser cumplida da derecho a la resolución por parte de la Administración⁸⁵⁶.

Límites

En Francia, tradicionalmente no han existido límites a la modificación del contrato, más allá, claro, de la obligación de mantener el equilibrio del contrato⁸⁵⁷, que no puede considerarse un límite como tal, sino un efecto necesario de la modificación. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado en su *Arrêt Sieur Coste* de 22 de noviembre de 1907 señala que “ninguna disposición legal o reglamentaria supone un obstáculo para que las cláusulas de un contrato sean modificadas de común acuerdo durante su ejecución”⁸⁵⁸.

No fue hasta finales de los años ochenta cuando la lógica concurrencial se extendió a la contratación y se impone como límite a la modificación, con independencia del modo en que esta se produzca, unilateral o convencional⁸⁵⁹. Hoy, dentro de las disposiciones generales, el artículo 20 CMP señala que

«En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.»⁸⁶⁰

Así pues, se establece como límite general el no alterar la economía del contrato ni su objeto, ya se trate de modificaciones unilaterales o por mutuo acuerdo. Al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados habrá que estar a la consideración del juez en cada caso. Y en este sentido los fallos han sido de lo más diverso a la hora de establecer cuando estamos ante un nuevo contrato. Son dos los criterios utilizados: uno cualitativo (desnaturalización del

⁸⁵⁵ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 358-359 y 371-372.

⁸⁵⁶ Arrêt núm. 318617 Conseil d'État, 27 octobre 2010 (Synd.Int. des transports publics de Cannes).

⁸⁵⁷ El concepto de economía del contrato no se limita al equilibrio económico o financiero (perspectiva objetiva), sino también a lo que las partes esperaban del contrato (perspectiva subjetiva). H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 18-20.

⁸⁵⁸ Arrêt núm. 849 del Conseil d'État, de 22 de noviembre de 1907 (Sieur Coste). Vid en *Ibid.*, p. 275.

⁸⁵⁹ H. HOEPFFNER, “La modification des contrats de la commande publique à l’épreuve du droit communautaire”, *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 3, 1, 2011., p. 100.

⁸⁶⁰ Artículo presente en el Décret no 92-1310 du 15 décembre 1992.

contrato), y otro cuantitativo (la magnitud de la modificación).

Respecto a los criterios cualitativos, existirá nuevo contrato cuando, por ejemplo, i) se altera sustancialmente el área en el que se realizan los trabajos⁸⁶¹; ii) se modifiquen las prestaciones demandadas⁸⁶²; iii) se alargue la duración del contrato⁸⁶³; iv) se incremente el precio recibido⁸⁶⁴. Por ejemplo, cuando se permite que un contrato de reforma se sustituya por uno de demolición y construcción ya que la arquitectura, la organización y la superficie de los dos proyectos era similar⁸⁶⁵.

Respecto al criterio cuantitativo, observa HOEPFFNER tras estudiar la jurisprudencia al respecto, el juez que una variación de hasta el 20% puede admitirse⁸⁶⁶. Por ejemplo, cuando en un contrato de servicio público de bicicletas, se aumenta un 8% la superficie que debe abastecerse, no se considera una tan modificación sustancial como para esconder realmente un nuevo contrato⁸⁶⁷.

Ahora bien, como ocurre en otros países, el tema es muy casuístico y se pueden observar sentencias que aplican de manera más estricta mientras otras no lo hacen así. Por ejemplo, cuando se admite un aumento de cerca del 38% en dos acuerdos de modificación convencional, en la medida en que el objeto eran prestaciones de las previstas en el contrato inicial⁸⁶⁸. Por el contrario, cuando se aplica de manera estricta⁸⁶⁹.

En caso de que se trate de *circunstancias técnicas imprevistas* no resultantes de la actuación de las partes, este límite desaparece y se podrá modificar sea cual sea el montante de dicha

⁸⁶¹ Arrêt del Conseil d'État 11 julio 2008, Ville de Paris c. Société Clear Channel France, req. 312354 ; en este caso no se considera un aumento sustancial (8% de aumento de superficie que debe cubrir un contrato de servicio público de bicicletas).

⁸⁶² Arrêt del Conseil d'État 30 enero 1995, req. 151099.

⁸⁶³ Arrêt CAA Marseille, 18 diciembre 2006, Comm. d'agglomération de Fréjus saint-Raphaël, req. 03MA00679.

⁸⁶⁴ Arrêt del Conseil d'État 8 marzo 1996, req. 165075.

⁸⁶⁵ Arrêt núm. 02BX01468 del Cour administrative d'appel de Bordeaux, de 7 de marzo de 2006 (SCP d'architectes Dubosc et Landwoski).

⁸⁶⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 203.

⁸⁶⁷ Arrêt del Conseil d'État 11 julio 2008, Ville de Paris c. Société Clear Channel France, req. 312354.

⁸⁶⁸ Arrêt del Conseil d'État 13 junio 1997, *Commune d'Aulnay-sous-Bois*, req. 150681 ; y del 31% en CAA Marseille, 10 noviembre 2003, *Compagnie des eaux et de l'ozone*, req. 00MA00443 ; también permite Arrêt núm. 118953 del Conseil d'État, de 29 de julio de 1994 (Communauté Urbaine de Lyon).

⁸⁶⁹ Arrêt núm. 151099 del Conseil d'État, de 30 de enero de 1995 (Société Viafrance) ; Arrêt núm. 165075 del Conseil d'État, de 8 de marzo de 1996 (Commune de Petit-Bourg).

modificación. Pero, ¿a qué se refiere con ese concepto? Suele referirse a eventos de orden técnico, meteorológico, geológico, etc. Debe tratarse de circunstancias de carácter material y no económico⁸⁷⁰. El Consejo de Estado considera que estas dificultades materiales deben ser excepcionales e imprevisibles en el momento de la formalización del contrato, llevando una interpretación estricta de ellas⁸⁷¹.

Otro límite, si bien este parece haber quedado superado, es el de la prohibición de modificar las cláusulas financieras del contrato. Tradicionalmente se ha considerado que la modificación unilateral sólo podía afectar a las condiciones del servicio, pero no a las cláusulas financieras. El *avenant* sin embargo, sí permite que se modifiquen estas condiciones, así, “peut porter sur tous les engagements des parties au contract: prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché”⁸⁷². Esto comienza a cambiar a a considerarse que las cláusulas financieras pueden también ser alteradas⁸⁷³.

Algo más laxo en cuanto a los límites se muestra el sistema de modificación de las concesiones de servicio público (“délégations de service public”). Pensemos que hasta la Ley Sapin de 1993 las concesiones de servicios se adjudicaban de manera directa y sin concurrencia alguna⁸⁷⁴, por lo que las modificaciones no afectaban a la licitación, que no siempre existía. Se podía, pues, modificar sin mayores problemas. Es a partir de esa norma cuando se empiezan a aplicar límites que ya se venían aplicando para otros contratos (no desnaturalizar el contrato, no alterar la economía del contrato, etc)⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ Mucha jurisprudencia sobre el concepto en H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 177-178. La autora insiste en que deben distinguirse este tipo de circunstancias de la llamada “teoría de la imprevisión”. Ésta última hacer referencia a la alteración de circunstancias económicas derivadas de hecho imprevisible por el que la Administración sólo indemnizará parcialmente –los riesgos se comparten. En el caso de la teoría de las sujeciones imprevistas se trata de una indemnización íntegra (CE 20 nov. 1975 SA d’enterprise).

⁸⁷¹ Arrêt núm. 223445 del Conseil d’État, de 30 de julio de 2003 (Commune de Lens) ; Arrêt núm. 269925 del Conseil d’État, de 27 de septiembre de 2006 (Société GTM Construction).

⁸⁷² Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (no es un texto normativo).

⁸⁷³ Arrêt núm. 318617 del Conseil d’État, de 27 de octubre de 2010 (Syndicat Intercommunal des transports publics de Cannes).

⁸⁷⁴ Loi 93-122 du 29 janvier 1993.

⁸⁷⁵ Sobre este proceso ver H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 210-214 ; y sobre la modificación temporal de estas concesiones en p. 255-266.

Procedimiento

En el sistema francés, deberá ser el órgano de contratación el encargado de aprobar la modificación –unilateral o convencional⁸⁷⁶. Pero además, normas particulares puede exigir la aprobación por *décret* del ministro. Asimismo, existen una serie de normas procedimentales que se deben cumplir.

Lo primero que parece claro es la regla de que la modificación contractual debe tener forma escrita – regla general que la jurisprudencia ha excepcionado en pocas ocasiones⁸⁷⁷.

Para poder modificar el contrato se requiere además autorización presupuestaria, que sólo podrá ser concedida cuando exista crédito presupuestario abierto.

En el ámbito local, una vez aprobado el crédito, ciertas modificaciones (superiores al 5% y cuyo contrato inicial haya intervenido el CAO) deben ser informadas por la “Commission d’appel d’offres” (CAO), un órgano deliberativo de apoyo al órgano de contratación – tienen funciones parecidas a lo que en España son las Juntas de Contratación⁸⁷⁸. Éste emitirá un informe preceptivo que será vinculante si fuese en sentido negativo⁸⁷⁹. Ahora bien, la ausencia de tal informe constituye un vicio de nulidad del modificado.

Además, también en el ámbito local es necesario que el Consejo municipal delibere al respecto. Recientemente, en aras de facilitar las inversiones se consideró que el Consejo municipal podía delegar en el Alcalde todas las decisiones respecto a la modificación⁸⁸⁰, norma que se encuentra recogida en el artículo L2122-22 del *Code général des collectivités territoriales*:

Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat :

(...)

4° De prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget ;

⁸⁷⁶ Son contadas las excepciones. Por ejemplo, cuando quedaba claro que la Administración quería modificar aunque dicha modificación no viniese aprobada por órgano competente (Arrêt del Conseil d'État, de 11 de enero de 1922 (Sieur Leroy).

⁸⁷⁷ Por ejemplo, Arrêt del Conseil d'État, de 22 de marzo de 1950 (Saint Pierre et Miquelon c. Morazé).

⁸⁷⁸ Y es que en el ámbito estatal la figura de los CAO fue derogada en 2009 con la intención de dotar de mayor eficiencia a la inversión pública. .

⁸⁷⁹ P. COSSALTER, *La modification du marché public*, Territorial, 2012., p. 27.

⁸⁸⁰ Loi 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

Una vez hecho eso, la entidad territorial debe someter el modificado al control de legalidad estatal (art. 82 CMP 2006), la llamada “*transmission des marchés publics au représentant de l'État*”), siendo este un requisito para gozar de fuerza ejecutoria (art. L2131-1 *Code général des collectivités territoriales*).

Respecto a las órdenes de servicio el contratista puede plantear su reserva aunque no negarse a ejecutarlas. Esa reserva será lo que le permita luego poder impugnarlas.

En caso de que la contratista haya ejecutado unos trabajos que no fuesen ordenados por la entidad contratante, no tendrá derecho a su remuneración.⁸⁸¹ Ahora bien, también en Francia se está a la teoría del enriquecimiento injusto en estos casos⁸⁸² y tendrá mucha importancia si los trabajos eran necesarios o indispensables o si por el contrario sólo eran útiles⁸⁸³.

Controles

Además de los controles que intervienen en el propio procedimiento, la modificación se somete a otros controles administrativos y judiciales.

De carácter administrativo destaca un órgano independiente llamado “*Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics*”, el llamado MIEM⁸⁸⁴. Sus funciones están fijadas en los arts 119 a 124 CMP 2006, dentro del capítulo de control). Además, la figura del “*comptable public*” se encarga de controlar internamente que el gasto público se acomode a las normas legales – sería un equivalente a la figura del Interventor. Se encarga de comprobar la disponibilidad de crédito, la imputación contable y de toda operación relacionada con la legalidad financiera de la actividad pública.

En cuanto a las posibilidades de control judicial, lo primero que hay que preguntarse es si se puede impugnar la modificación⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Arrêt del Conseil d'État 2 julio 1982 Cociété routière Collas.

⁸⁸² Arrêt del Conseil d'État num. 75507 26 mayo 1993 (Saffache).

⁸⁸³ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 390 y 391.

⁸⁸⁴ Fue introducido por la Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ; vino a sustituir a la Brigade interministérielle creada en 1976.

⁸⁸⁵ Arrêt núm. 304806 del Conseil d'État, de 21 de marzo de 2011 (Commune Beziers).

En cuanto a las posibilidades de control judicial, éstas son diversas.

El contratista puede acudir a la vía del recurso de plena jurisdicción si bien en general sólo puede exigir daños y perjuicios, pero no la anulación del modificado⁸⁸⁶. Así es debido a la tradición francesa que limita el poder del juez en estos casos⁸⁸⁷. En materia de adjudicación ya se dieron pasos en la dirección de dar poder al juez para anular el contrato. Así, el *Arrêt Tropic* (2007) ya previó la posibilidad de que el juez pudiese anular el contrato aún en la fase de ejecución⁸⁸⁸, lo cual ha sido confirmado legislativamente a través del nuevo recurso del *référé contractuel*, creado por Ordonnance 2009-515⁸⁸⁹ (lo que en España sería la cuestión de nulidad).

Respecto a la legitimación de los terceros, el principio licitatorio ha servido para abrir la puerta a estas reclamaciones. Hasta ahora parecía que existían dos categorías diferenciadas: i) los licitadores apartados, de los cuales puede evidenciarse el interés existente⁸⁹⁰; ii) otros terceros interesados, que podían sólo atacar los actos separables que conducen al contrato⁸⁹¹. Sin embargo, el 4 de abril de 2014 el Conseil d'État entendió que todos los terceros pueden atacar directamente el contrato administrativo o alguna de sus cláusulas, siempre, claro que justifiquen su interés o la existencia de graves vicios⁸⁹².

Primero, la Administración central puede lograr la anulación de una decisión de modificación convencional a través del llamado *déféré préfectoral* – un recurso por el cual determinados actos tutelados por la Administración central (control de legalidad) pueden ser enviados por ésta al tribunal administrativo⁸⁹³. Segundo, los terceros pueden solicitar a la Administración la interposición de un recurso de *déféré préfectoral*, o bien pueden plantear

⁸⁸⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 404 ; lo mismo D. POUYAUD, “Le contentieux des contrats publics en Europe: France”, *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 1, janvier-fevrier, 2011., p. 8-9.

⁸⁸⁷ *Arrêt Conseil d'Etat* 31 marzo 1989 Dpt. De la Moselle.

⁸⁸⁸ *Arrêt* núm. 291545 del Conseil d'État, de 16 de julio de 2007 (Sté. Tropic Travaux Signalisation).

⁸⁸⁹ Ordonnance núm. 2009-515 de 7 de mayo de 2009 (L551-13 a L551-23 Code de Justice Administrative).

⁸⁹⁰ Por ejemplo, *Arrêt CE*, 11 avril 2012, « Société Gouelle », n°355446.

⁸⁹¹ Postura que se basaba en el llamado *Arrêt “Martin”* Conseil d'État, 4 août 1905, « Martin », n° 14220.

⁸⁹² *Arrêt du Conseil d'Etat*, ass., 4 avril 2014, « Département de Tarn-et-Garonne », n° 358994.

⁸⁹³ Art. 72 de la Constitución y Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

un recurso de plena jurisdicción y solicitar la anulación.

Una vez que el modificado ha sido formalizado, el contratista puede acudir al recurso de plena jurisdicción (contencioso ordinario), o puede optar por una vía novedosa, también judicial, la del référé contractuel. Respecto a la legitimación para este recurso, el artículo 551-14 señala que: “Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d’être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence”.

A todo ello hay que sumarle la posibilidad de cualquiera de plantear un recurso por exceso de poder, si bien la naturaleza de éste lo convierte en un instrumento muy limitado⁸⁹⁴. Sin embargo, este tipo de recurso se dirige contra los actos separables por lo que no tiene efecto sobre el propio contrato⁸⁹⁵. Asimismo, el *Conseil d’État* cierra esta vía a los interesados que no fuesen licitadores.

En caso de que un juez considere que el acto modificadorio (unilateral o convencional) es irregular, lo declara nulo con efectos retroactivos. Es decir, que al menos en teoría el sistema francés se decanta por la nulidad absoluta en el que las partes deben restituir lo intercambiado⁸⁹⁶. Pero en la práctica ello no suele ser posible. Por ello se acude a fórmulas como la compensación de naturaleza cuasi-contractual⁸⁹⁷, o al enriquecimiento sin causa⁸⁹⁸.

Asimismo, el acuerdo entre las partes tiene dependencia jurídica del contrato inicial por lo que si éste se declara nulo, el acuerdo pierde su base legal⁸⁹⁹.

Respecto a la indemnización y compensación, hay que señalar que una *ordre de service* verbal no hace nacer ningún derecho salvo que lo realizado sea indispensable⁹⁰⁰. Si sólo se trata de trabajos útiles, pero no indispensables, entonces no se entiende realizado dentro de

⁸⁹⁴ Recurso reconocido sin tener apoyo legal expreso Arrêt Conseil d’État 17 febrero 1950 (Dame Lamotte).

⁸⁹⁵ D. POUYAUD, “Le contentieux des contrats publics en Europe: France”, cit., p. 13.

⁸⁹⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 431 y 438.

⁸⁹⁷ Arrêt TA Nantes 9 mayo 1997 Ste. Juret contra Commune de Trélazé;; CAA Paris 6 marzo 2007, Societe entreprise générale de construction et de maintenace.

⁸⁹⁸ Arrêt Conseil d’État 24 de noviembre de 2006 (Commune de Bordeaux).

⁸⁹⁹ Arrêt Conseil d’État 28 julio 1995, Region Ile de France, req. 143438.

⁹⁰⁰ Arrêt Conseil d’État 27 septiembre 2006, Société GTM, req 269925.

la relación contractual por lo que sólo se abona lo justo para evitar el enriquecimiento sin causa⁹⁰¹. Tras la declaración de nulidad del contrato, habrá que indemnizar a la parte a la que no le es imputable la tacha de nulidad. Por ejemplo, cuando se firma por órgano incompetente y ello es lo que lleva a la nulidad, la responsabilidad será de la Administración⁹⁰². En ese mismo supuesto, para el tercero demandante, sin embargo, considera el Consejo de Estado que sólo de manera indirecta la actuación de la contratante le ha afectado:

Dans la présente affaire, le préjudice subi par la société Decaux n'est qu'indirectement la conséquence de la faute de l'administration ; il est la conséquence directe du choix de la société de tirer avantage de cette faute en s'engageant dans l'exécution du marché⁹⁰³

La responsabilidad de los actores

Respecto a la responsabilidad de los actores, en palabras de HOPEFFNER, en Francia a pesar de incorporar el llamado *référé précontractuel* e impulsar el principio de concurrencia, los controles administrativos son del todo insuficientes⁹⁰⁴.

Una de las deficiencias es la responsabilidad de los autores de la modificación. Por ello el legislador tipificó en 1991 una nueva conducta como delito: el “*délit d’octroi d’avantage injustifié*”, que castiga la falta de imparcialidad sin exigir deshonestidad⁹⁰⁵. Es conocido también como delito de favoritismo que viene a superar las dificultades que encontraban los tipos tradicionales asociados a la Administración⁹⁰⁶. El tipo, recogido en el artículo 432-14 Code Penal dice que:

Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif

⁹⁰¹ Arrêt Conseil d'État 4 enero 1995, Centre hospitalier Saint-Dié, req. 46190.

⁹⁰² Arrêt Conseil d'État 18 noviembre 2011, Communauté de communes de Verdun, req. 342642.

⁹⁰³ Arrêt Conseil d'État 18 noviembre 2011, Communauté de communes de Verdun, req. 342642 ; Esta decisión se basa en la llamada doctrina sentada en Arrêt Conseil d'État 10 abril 2008, Société DECAUX, req. n°244950 ; ver reciente CAA Marseille, 12 octubre 2015, Société CEGELEC, req. n°14MA00603.

⁹⁰⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 467.

⁹⁰⁵ Fue introducido por la Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

⁹⁰⁶ En palabras de HOEPFFNER, los tipos tradicionales: “A ce jour, les décisions rendues sur le fondement de ces dispositions du Code pénal ne sanctionnent jamais des pratiques de passation des contrats administratifs et plus particulière de leur modification ». Cfr. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 469.

public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de **procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public**⁹⁰⁷.

El tipo no tiene en cuenta la existencia o no de voluntad, castigando incluso aquellas situaciones en las que se producen errores de buena fe⁹⁰⁸. Sí requiere que se den las dos circunstancias del tipo: procurar una ventaja injustificada e impactar en las normas sobre libertad e igualdad de acceso.

La consecuencia suele ser la imposición de multa económica y la inhabilitación.

Es interesante notar que también el hecho de recurrir de manera excesiva a la modificación puede constituir un delito de favoritismo⁹⁰⁹. Por ejemplo, en el asunto Cass. Crim. de 15 de septiembre de 1999 se entiende que la modificación del contrato por más del 25% de su montante inicial y otros trabajos complementarios, sin haberlo vuelto a licitar supone que se han cometido “des actes contraires aux dispositions des articles 272 et 250 du Code des marchés publics, lesquelles avaient pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics », lo cual supone que el sujeto “a effectivement successivement procuré des avantages injustifiés à la société Viafrance »⁹¹⁰. Varias cuestiones llevan a entender que se ha favorecido al contratista:

- i) La cuantía de la modificación
- ii) Que no había ningún elemento objetivo que permitiese deducir que en una hipotética licitación la contratista hubiese obtenido de nuevo los trabajos.
- iii) Que no queda justificada la urgencia
- iv) Que el expediente deja claro que no se ha tratado de ventajas producidas por un efecto mecánico, sino por la perfecta connivencia y mala fe
- v) Que las operaciones tienen un origen de carácter político: “que le souci du premier, dont le terme du mandat était proche, a été manifestement d'éviter d'avoir à se mettre à dos toute la partie de son électorat qui n'aurait autrement pas bénéficié d'améliorations qui ne devaient, à l'origine, n'être réservées qu'aux seuls riverains des voies choisies initialement par le District »

⁹⁰⁷ La cuantía subió en 2002 de 30.000 euros a 200.000.

⁹⁰⁸ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 471.

⁹⁰⁹ CA Nancy, ch. corr., 19 janv. 2006. – Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 06-81.300.

⁹¹⁰ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 15 septembre 1999, 98-87.244.

Asimismo, se ha reforzado la responsabilidad contable de quienes estén involucrados en la modificación, que deberán responder ante la Cour des comptes o las cámaras regionales equivalentes. Existe para ello la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)⁹¹¹.

4.1.2.2. *Modelo convencional regulado. El modelo de los Estados Unidos*

En Estados Unidos, la cuestión de la modificación contractual (“post-selection modification”) en los contratos públicos ha recibido mayor atención que en el Reino Unido. Se trata de un sistema mixto en la medida en que la modificación del contrato debe preverse en cláusulas al efecto, pero cuyo contenido viene determinado por las normas. Escribía CIBINIC que, a diferencia de lo que ocurría en Francia, el gobierno no tiene poder de modificar o resolver el contrato a no ser que expresamente lo incorpore en el contrato, si bien las normas suelen obligar a que este tipo de cláusulas estén presentes y además lo hacen sin exigir requisitos que la norma francesa contiene⁹¹². Un ejemplo claro de ello es la llamada “termination for convenience clause” que se introduce en los contratos y permite a la entidad adjudicadora resolver el contrato por causa de interés público⁹¹³.

Para entender la modificación del contrato hay que partir de una idea central: la “Contract Clause”, que se refiere a una serie de preceptos constitucionales que protegen a las partes frente a interferencias de un tercero en las relaciones contractuales. Así, la Constitución americana señala que “No State shall (...) pass any (...) Law impairing the Obligation of Contracts (...)”. Ello se manifiesta por ejemplo, cuando se prohíbe que una norma afecte de manera retroactiva los derechos de las partes. Entre otras cosas ello limita incluso la acción legislativa de los Estados cuando ésta puede impactar en las relaciones jurídicas establecidas⁹¹⁴. La rigidez de dicha cláusula se debilitó posteriormente con la crisis de 1929, y no fue hasta 1977 con el asunto *United States Trust Co. v. New Jersey* 431 U.S. 1 (1977) cuando volvió a aplicarse de manera estricta, al entender la Supreme Court que aprobar normas que anulan contratos sólo está permitido cuando está plenamente justificado. Como señaló un fallo posterior, “When a State itself enters into a contract, it cannot simply walk

⁹¹¹ Arrêt du 22 janvier 2015, « Établissement public du campus de Jussieu », num. 197-713 ; Arrêt du 6 octobre 2014, « Centre hospitalier universitaire de Caen núm. 195-686/704 : 2014.

⁹¹² J. J. CIBINIC, “Introduction to International Symposium on Government Procurement Law”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 21, 1987..., p.3.

⁹¹³ Al respecto M. A. PEDERSON, “Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 31, 2001.

⁹¹⁴ Sobre la cláusula ver B. M. FISSELL, “The Dual Standard of Review in Contracts Clause Jurisprudence”, *George Washington Law Journal*, vol. 101, 2013.

away from its financial obligations”⁹¹⁵.

La norma vigente en materia de contratación pública federal es la Federal Acquisition Regulation (FAR en adelante)⁹¹⁶. En su Parte 43 se recoge la regulación referente a las modificaciones contractuales. Esta regulación impone la introducción de cláusulas en los contratos sujetos a ella. Pero incluso si un contrato no las incluyese expresamente podrían considerarse incluidas implícitamente según la doctrina sentada en el caso *G.L. Christian and associates v United States* (1963)⁹¹⁷, que sentó la llamada *Christian doctrine* según la cual las cláusulas previstas en las FAR deben considerarse implícitas en todo contrato Federal.

La modificación del contrato puede ser tanto bilateral como unilateral (FAR 43.103). La FAR impone unas cláusulas que se refieren a las modificaciones unilaterales⁹¹⁸. En estos casos de modificación unilateral suele ocurrir que se utilicen acuerdos bilaterales para fijar la compensación resultante de una modificación. Incluso existen casos como el de la contratación de “comercial items”⁹¹⁹ en el que el FAR (art. 12.301) sólo permite modificaciones bilaterales: “(c) Changes. Changes in the terms and conditions of this contract may be made only by written agreement of the parties.” (FAR 52.212-4).

Los cambios unilaterales son firmados sólo por el Contracting Officer (CO, en adelante, que es la persona con poder para actuar en nombre de la entidad), y deben encontrar cobertura jurídica en las “change clauses”. Sirva ya de aviso que sin la existencia de este tipo de cláusulas no se puede modificar el contrato de manera unilateral. Sólo en determinadas circunstancias históricas se ha aprobado instrumentos normativos que habilitaban de manera general la modificación unilateral. Por ejemplo, ante la guerra de Corea y en vista de que en los contratos no se introducían cláusulas de modificación, el Gobierno se vio obligado a

⁹¹⁵ . *Energy Reserves Grp., Inc. v. Kan. Power & Light Co.*, 459 U.S. 400, 412 n.14 (1983).

⁹¹⁶ Norma codificada bajo el Título 48, Capítulo 1 del Code of Federal Regulations.

⁹¹⁷ *G.L. Christian and associates v United States* 375 U.S. 954, 84 S.Ct. 444, 11 L. Ed.2d 314 (1963). Se trata de un contrato de construcción de casas para militares que el Gobierno decide resolver anticipadamente por interés público. Entendiendo que se trataba de una “termination for convenience” se ofrece al contratista compensación por costes incurridos. Pero el contratista esgrime que no existía tal cláusula en el contrato y que, por tanto, se estaba ante un “breach of contract” lo cual le da derecho a ser indemnizado íntegramente.

⁹¹⁸ J. CIBINIC; R. C. NASH, *Administration of Government Contracts*, 3th ed, George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, DC, 2011., p., 404 ; podría ocurrir, aunque no es habitual, que en el clausulado sólo se aceptasen modificaciones bilaterales (p. 408).

⁹¹⁹ Definidos en FAR 2.101.

aprobar la Re-Negotiation Act de 1951 que obligaba a la renegociación de los contratos en los que hubiese excesivo beneficio para el contratista⁹²⁰.

En la mayoría de supuestos su inserción es obligatoria (como señala el artículo FAR 43.205, v.g (a)(1) The contracting officer shall insert the clause at 52.243-1, Changes—Fixed-Price, in solicitations and contracts when a fixed-price contract for supplies is contemplated). Cada tipo de contrato exige la inserción de una u otra cláusula.

Las propias cláusulas contienen el procedimiento y los tipos de cambios que se pueden introducir. En general estos cambios se materializan a través de las llamadas “changes orders” u órdenes de modificación, que serán el objeto de nuestro estudio⁹²¹. Las “change orders” están reguladas en FAR 43.201 y siguientes. Como ha señalado LEE VACKETTA, las change orders son la cláusula más poderosa en el arsenal contractual del que dispone el gobierno⁹²². En su artículo dedicado a las definiciones el texto las define como “written order, signed by the contracting officer, directing the contractor to make a change that the Changes clause authorizes the contracting officer to order without the contractor’s consent”.⁹²³

Estas cláusulas contienen los requisitos exigidos para poder introducir modificaciones unilaterales. En función de la cláusula que se introduzca variará los requisitos exigidos para modificar el contrato. Veamos como ejemplo, la FAR 52.243-5 “Changes and Changed Conditions”: que sirve para determinados proyectos de construcción:

(a) The Contracting Officer may, in writing, order changes in the drawings and specifications within the general scope of the contract.

(b) The Contractor shall promptly notify the Contracting Officer, in writing, of subsurface or latent physical conditions differing materially from those indicated in this contract or unknown unusual physical conditions at the site before proceeding with the work.

(c) If changes under paragraph (a) or conditions under paragraph (b) increase or decrease the cost of, or time required for performing the work, the Contracting Officer shall make an equitable adjustment (see paragraph (d)) upon submittal of a *proposal for*

⁹²⁰ J. D. B. MITCHELL, *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954., p. 151.

⁹²¹ No hay que confundirlas con las llamadas administrative changes que no aquellos cambios en aspectos administrativos que no afectan a los derechos de las partes—como el lugar de pago.

⁹²² LEE VACKETTA, C., “Federal Government Contract Overview”, 1999.

⁹²³ FAR 2.101 .

adjustment (hereafter referred to as proposal) by the Contractor before final payment under the contract.

(d) The Contracting Officer shall not make an equitable adjustment under paragraph (b) unless— (1) The Contractor has submitted and the Contracting Officer has received the required written notice; or (2) The Contracting Officer waives the requirement for the written notice.

(e) Failure to agree to any adjustment shall be a dispute under the Disputes clause.

Independientemente del tipo de cláusula de cambio, todas ellas comparten varias características: i) que son por escrito; ii) que su control gravita alrededor del CO; iii) que exigen un ajuste en la contraprestación, es decir, que debe compensarse al contratista por el trabajo exigido (“equitable adjustment”) a no ser que se diga lo contrario⁹²⁴.

Límites

En la regulación estadounidense se observan dos límites bien marcados. Por un lado, los que se fijan en las cláusulas de cambio (“change clauses”) del propio contrato y que sirven para proteger al contratista. Por otro, aquellos límites que derivan de la protección a la licitación original. Este límite queda confirmado tras la aprobación de la *Competition in Contracting Act* de 1984, aunque antes ya existía alguna manifestación al respecto (CICA en adelante)⁹²⁵.

La CICA exige que se acuda a procedimientos competitivos siempre que sea posible. Se entiende, por ejemplo, que no puede acudir a la contratación mediante procedimientos no competitivos cuando haya existido una falta de planificación⁹²⁶. Por tanto, como dice el GAO, a la hora de determinar si se requiere o no una nueva licitación se estudia si existe una diferencia material entre el contrato modificado y el original⁹²⁷. Para saber si se trata de un cambio sustancial se atiende a varios aspectos, si bien las distintas instancias, administrativas o judiciales, mantienen una jurisprudencia errática al respecto.

En ocasiones, para saber si la modificación es sustancial o no se utiliza la doctrina del

⁹²⁴ Este “equitable adjustment” puede ser procaído también por alteraciones no derivadas de una orden de modificación, como por ejemplo el estado del terreno (“differing site conditions”). Ver al respecto M. R. FINKE, “Claims for Construction Productivity Losses”, *Public Contract Law Journal*, vol. 26, 1996.

⁹²⁵ Por ejemplo, B. I. KOGAN, “Competitive Bidding and the Option to Renew or Extend a State Purchase Contract”, *Dickinson Law Review*, vol. 74, 1969.

⁹²⁶ 10 U.S.C. sect. 2304(f)(5); HEROS, Inc., B-292043, June 9, 2003, p. 111; New Breed Leasing Corp., B-274201, B-274202, Nov. 26, 1996, p. 202. Que existan errores no quiere decir que haya falta total de planificación. Barnes Aerospace Group, B-298864, B-298864.2, Dec. 26, 2006, p. 204

⁹²⁷ Emergent BioSolutions Inc., B-402576, June 8, 2010

“cardinal change”, cuyo origen es puramente privatista, al servir para conocer si las prestaciones exigidas estaban previstas en el contrato⁹²⁸. La siguiente definición recoge a la perfección la esencia de esta figura:

“Under established case law, a cardinal change is a breach. It occurs when the government effects an alteration in the work so drastic that it effectively requires the contractor to perform duties materially different from those originally bargained for. By definition, then, cardinal change is so profound that it is not redressable under the contract, and thus renders the government in breach”⁹²⁹.

La consecuencia jurídica de que la sentencia considere un cambio como sustancial es que se considera un “breach of contract”⁹³⁰, con todas las implicaciones indemnizatorias que ello tiene en el Derecho de los contratos. Así pues, en este sentido se observa que la “cardinal change doctrine” no se erige como un límite a la modificación sino como instrumento que sirve para proteger al contratista ante las modificaciones impuestas por la entidad adjudicadora. Es el mecanismo jurídico que sirve para delimitar aquello cubierto por el contrato original y sus cláusulas de cambio y aquello que lo excede. Se trata, por tanto, de una herramienta de Derecho privado más que de un mecanismo de Derecho público.

Sólo cumple la función de límite a la modificación cuando se utiliza para comprobar si el cambio ha alterado la licitación inicial. Es decir, que en ocasiones “la ‘cardinal change doctrine’ previene que las agencias gubernamentales puedan distorsionar el procedimiento competitivo mediante la adopción de modificaciones ‘drásticas’ más allá del alcance inicial del contrato”⁹³¹. Ello se pone de manifiesto cuando es un licitador apartado quién plantea la reclamación. Entonces se analizan los cambios en función de su impacto en la licitación original. Es decir, el cambio no puede ser tan sustancial como para haber atraído nuevos contratistas⁹³². El asunto AT&T (1993) señala la diferencia entre la doctrina del cambio sustancial y la que protege el principio licitatorio:

⁹²⁸ Al respecto ver G. E. J. POWELL, “Cardinal Change Doctrine and Its Application to Government Construction Contracts, The”, *Public Contract Law Journal*, vol. 24, 1994.

⁹²⁹ *Allied Materials and Equipment Company v United States* 569 F.2d 562.

⁹³⁰ N. J. WHITE, “Destruction of the Contract through Material Changes”, *International Journal of Construction Education and Research*, vol. 2, 1, 2006., p. 44.

⁹³¹ *Cray Research inc. V Department of Navy Suppl.* 201 (1982) United States District Court, District of Columbia, 6 de octubre de 1982.

⁹³² P. CRAIG, “Specific powers of public contractors”, cit., p. 178 ; el autor apunta a que lo mismo ocurre con la resolución unilateral, que no se equipara al incumplimiento y por tanto no pueden exigir daños y perjuicios por tal concepto.

“This case does not ask whether Government modifications breached a contract, but asks instead whether the Government modifications changed the contract enough to circumvent statutory requirement of competition. The cardinal change doctrine asks whether a modification exceeds the scope of the contract’s changes clause; this case asks whether the modification is within the scope of the competition conducted to achieve the original contract”⁹³³

Por ejemplo, el caso de un cambio menor como es el alterar el tipo de papel de impresión solicitado provoca que el número de candidatos hubiese sido mucho mayor⁹³⁴. O lo mismo en caso de un cambio mínimo en servicios de ingeniería⁹³⁵.

En términos generales, para saber si la modificación es sustancial se atiende a lo siguiente,

- i) Si se altera la naturaleza del trabajo⁹³⁶ o si existen cambios en el tipo de trabajo a realizar⁹³⁷.
- ii) Si existen cambios en el plazo de ejecución⁹³⁸.
- iii) Si existen cambios en los costes⁹³⁹.
- iv) Si en los documentos de la licitación se avisaba de los cambios o no y, por tanto, si la modificación ha podido distorsionar la competición⁹⁴⁰.

En muchas resoluciones no parece existir mayor problema por el aumento de los trabajos siempre que sean del mismo tipo, mismo plazo y mismo coste (unitario)⁹⁴¹. De ahí que introducir cientos de cambios no tiene que ser un cambio sustancial *per se*. Así, no se considera un cambio sustancial el conjunto de cambios introducidos en la construcción de

⁹³³ AT&T Communications v Wiltel 1 F.3d 1201 (Fed. Cir. 1993), p. 1205 ; En dicho asunto la adjudicataria ofrece cambios para mejorar tecnología, aceptando la Corte éstos por varias razones. Primero, porque el contrato inicial fue definido laxamente y por tanto los competidores podían esperar este tipo de cambios –es lo que se ha llamado “broadly competed scenario”; segundo porque los cambios podían incluirse en la “Service Improvements clause” que permitía al adjudicatario proponer mejoras.

⁹³⁴ Webcraft Packaging Div. Of Beatrice Foods, Comp. Gen. B-194087, 79-2.

⁹³⁵ Dynamac Corp Comp. Gen. B-252800, 93-2.

⁹³⁶ Air-A-Plane Corp. v United States 408 F.2d Ct. Cl. 1030 (1969) o Airprep Technology v United States, 30 Fed. Cl. 488 (1994).

⁹³⁷ American Air Filter Co., Comp Gen. 567 B-188408, 78-1 CPD.

⁹³⁸ Por ejemplo, si de tres años se pasa a seis sin estar ello previsto en los pliegos, sí estaremos ante un nuevo contrato CPT Corp Comp. Gen. B-211464 7 junio 1984.

⁹³⁹ Overseas Lease Group, Inc., B-402111, Jan. 19, 2010, p. 34

⁹⁴⁰ Sallie Mae, Inc., B-400486, November 21, 2008 ; lo mismo en Chapman Law Firm Co., v. U. S., No. 08-39C, April 2, 2008

⁹⁴¹ Caltech Service Corp Comp. Gen. B-240726.6 de 22 enero 1992 ; en esta decisión se entiende que asumir un 30% más de carga de trabajo no es una modificación sustancial.

un hospital (que provocan un aumento del tiempo de ejecución del 50%) en la medida en que el resultado final no varió sustancialmente⁹⁴². O los cientos de cambios introducidos en el asunto *Seeger v United States* (1972)⁹⁴³. Sólo si esos cambios acaban produciendo una alteración sustancial serán considerados un cardinal change (es la llamada doctrina del “cumulative impact doctrine”).

Sin embargo, otras decisiones consideran que los incrementos de cantidad según su magnitud sí pueden ser cambios sustanciales⁹⁴⁴. Por ejemplo, en el asunto *Tilden-Coil Constructors* (1983)⁹⁴⁵ se introduce una modificación en la construcción de una central de energía mediante la cual se pasa de 8 a 10 edificios. La GAO consideró que se trataba de un nuevo contrato adjudicado de manera directa y no de una simple modificación.

Parece existir algo más de permisividad con i) la extensión de contratos mientras se licita (“bridge contracts”) siempre que no se deba a la mala planificación de la agencia⁹⁴⁶; con ii) aquellos casos en que se produciría una duplicidad de costes que no se recuperaría a través de una nueva licitación⁹⁴⁷; iii) los casos en que los términos del contrato inicial fueron redactados de manera amplia, tanto que la modificación del contrato pudo ser anticipada por los licitadores; iv) los casos de contratos que por su naturaleza están sujetos a sufrir cambios técnicos⁹⁴⁸.

Procedimiento

El artículo FAR 43.102 señala que sólo el “Contracting Officer” puede ejecutar modificaciones contractuales en nombre del Gobierno. Ahora bien, no puede ejecutarla si supone un incremento de gasto ya que para ello necesita obtener una certificación de crédito disponible (FAR 43.105). El CO será el encargado de asegurarse que se ha realizado un adecuado análisis de los costes (FAR 43.204). Para ello suele basarse en la opinión del

⁹⁴² *Wunderlich Contracting v United States* 351 .2d 956 Ct Cl 1965: En este asunto el contratista se encargaba de construir un complejo hospitalario para los veteranos y pretende compensación por los costes extraordinarios derivados de los numerosos cambios acontecidos. Sin embargo, se le niega por considerar que todos ellos están dentro del alcance del contrato original.

⁹⁴³ *Seeger v United States* 469 F.2d 292 Ct Cl 1972.

⁹⁴⁴ *PL Saddler v United States* 152 Ct. Cl. 557, 287 F.2d 411 (1961); lo mismo *Dry Dock Corp v US* 1991 en que sí considera cambio sustancial cuando se han introducido 130 cambios, se duplica el tiempo de ejecución y se pasa de 4,6 a 5,8 millones de dólares.

⁹⁴⁵ *GAO Tilden-Coil Constructors* B-211189.3 de 23 de Agosto de 1983.

⁹⁴⁶ *Cerberonics* Com Gen. B-225627 30 abril 1987.

⁹⁴⁷ *Sprint Communications* Comp. Gen B-262003 25 enero 1996.

⁹⁴⁸ *Emergent BioSolutions*, B-296358.3; B-296358.4, January 31, 2006

Contracting Officer Representative (a veces llamado Project officer), que es quien está en contacto directo con el contratista y supervisa la ejecución del contrato.

Además, toda modificación debe contener su precio antes de ser ejecutada, y si por urgencia ello no pudiese ser establecido, al menos se fijará un precio máximo (FAR 43.102(b)). Antes de entrar en la fijación del precio el CO manda la modificación al contratista. El contratista tiene 30 días desde la notificación de la modificación para hacer valer su derecho de ajuste de la contraprestación (“request for equitable adjustment”)⁹⁴⁹. En caso de no alcanzar un acuerdo el contratista está obligado a ejecutar los trabajos aunque ponga en marcha los mecanismos establecidos en el contrato para solucionar las disputas – estos casos se conocen como “force account”.

Respecto a la forma, existen formularios preestablecidos – como el llamado SF30 “Amendment of solicitation/modification of contract”⁹⁵⁰.

Una vez que el contratista acepte y ejecute el cambio sin presentar reservas, no podrá después reclamar que dicho cambio supuso un incumplimiento del contrato⁹⁵¹. Además, la modificación debe ya incluir todas las alteraciones y ajustes de precios hasta la fecha (FAR 43.204(c)) para lo cual el contratista firma una declaración al respecto.

Cuando el contratista considera que se ha efectuado una alteración del contrato sin que haya mediado orden de modificación escrita debe notificarlo a la entidad adjudicadora cuanto antes para que éste pueda evaluar las opciones – y pueda incluso decidir si se ha producido un cambio contractual de carácter sustantivo o si no ha sido así (FAR 43.104). Es lo que se llama “constructive orders”⁹⁵². La típica situación en la que se da un “constructive change” es el caso en que las partes no están de acuerdo sobre el alcance del contrato –por ejemplo en una interpretación de éste. El contratista debe poner de manifiesto que se trata de una actuación no cubierta y ordenada por la entidad adjudicadora. Avisar a la entidad adjudicadora se configura como un deber del contratista que puede tener consecuencias

⁹⁴⁹“It is used to describe the administrative means of arriving at a price adjustment once a change has been ordered. The equitable adjustment provisions are also invoked in the case of a constructive change and numerous other contract provisions use the term to describe the price adjustment due on the happening of special occurrences”. R. C. J. NASH; J. J. CIBINIC, “Changes Clause in Federal Construction Contracts”, cit., p. 927

⁹⁵⁰ <http://www.epa.gov/oamrtpnc/coop/sf30.pdf> (accedido en Septiembre de 2015).

⁹⁵¹ *International Tel & Tel v United States* 197 Ct. Cl. 11 453, F.2d 1283 (1972).

⁹⁵² J. CIBINIC; R. C. NASH, *Administration of Government Contracts*, cit., p. 381.

posteriores. Por ejemplo en asunto *Eggers v. United States*⁹⁵³ en el que se solicita compensación 5 años después. O en *Ervin v. United States*⁹⁵⁴ en el que considera que el contratista tenía experiencia suficiente en contratación pública como para saber que había que enviar este tipo de comunicados cuando sucede una alteración que pretenda ser recompensada.

Otro caso habitual es cuando se deben introducir cambios por defecto en los pliegos⁹⁵⁵. También son casos de “constructive changes” cuando se intenta presionar al contratista para terminar la ejecución y también cuando se dan fallos por escasa cooperación entre ambas partes como por ejemplo la defectuosa gestión de la ejecución.

Control

El control gira sobre todo alrededor de la figura del CO. Ahora bien, la propia norma establece que se introduzca una cláusula que obliga al contratista a llevar contabilidades separadas respecto a las modificaciones introducidas (FAR 52.243-6 “Change Order Accounting”).

Cada agencia o departamento tiene un cuerpo de auditores bajo el mando del Inspector General de la agencia encargado de controlar, entre otros aspectos, la contratación que ésta lleva a cabo – también se acude a firmas privadas para realizar esta tarea. Además, a nivel Federal el control se ejerce por la GAO, agencia dependiente del Congreso⁹⁵⁶. Esta institución tiene amplios poderes de investigación y acceso a información, incluso a los propios contratistas en el curso de programas de auditorías. Eventualmente publica informes sobre la modificación de los contratos en proyectos específicos⁹⁵⁷. O admite recomendaciones a los distintos departamentos y agencias⁹⁵⁸.

⁹⁵³ *Eggers v. United States* 403 F.2d 225 Ct. Cl. 1968.

⁹⁵⁴ *Ervin v. United States* 59 Fed. Cl. 267 (2004).

⁹⁵⁵ *Luria Bros v US* 177 Ct Cl. 676 369 F.2d 701(1966). Se aplica estrictamente en *American Line Bldrs v US* 26 Cl.Ct 1155 (1992).

⁹⁵⁶ Es miembro de la International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI).

⁹⁵⁷ Por ejemplo, ver *Obligations and Change Orders under National Park Service Contract* (1978); *Analysis of Change Orders on Selected F-16 Airframe Contract* (1987); *Schedule Delays and Cost Overruns Plague DOD Automated Information Systems* (1989); *Actions to Address Cost Increases and Schedule Delays at Denver and Other VA Major Medical-Facility Projects* (2015).

⁹⁵⁸ *EPA Needs To Improve Controls Over Change Orders and Claims* (1987); *Actions Under Way to Address Many TRICARE Contract Change Order Problems* (1997).

Respecto a la revisión de la modificación hay que decir que la mayoría de los casos se resuelven en vía administrativa o a través de acuerdos pre-contenciosos. En general los casos que afectan a la modificación suelen estar centrada en aquellos casos en los que el CO considera que los trabajos están incluidos en el contrato, o son modificaciones cubiertas por la cláusula contractual, mientras que el contratista piensa que son verdaderos cambio muchas veces no cubiertos por la cláusula. O bien aquellos otros planteados por competidores que se consideran agraviados ante una modificación sustancial.

El contratista está obligado a llevar a cabo las modificaciones impuestas por la entidad contratante (incluso aunque no esté de acuerdo con el precio) – se adelanta ya que en la práctica los contratistas no suelen oponerse a cambios sustanciales⁹⁵⁹. Si considera que los cambios propuestos no están dentro del alcance del contrato no puede negarse a llevarlos a cabo –como sí ocurre en Reino Unido-⁹⁶⁰, sino que deberá plantear la acción correspondiente.

Respecto a la legitimación, aunque se reconoce a cualquier parte interesada, lo cierto es que muchas veces queda reducida al sujeto que está en posición de haber obtenido el contrato. Por ejemplo, no haberse presentado a la licitación reduce en buena medida la posibilidad de ser considerado interesado a efectos de legitimación⁹⁶¹. Puede ocurrir que se considere portador de interés legítimo suficiente si lo que esgrime es que la modificación es en realidad un nuevo contrato que debe ser licitado⁹⁶².

Puede ocurrir que el interesado sea un contratista al que se le sustrae la posibilidad de licitación a través de la modificación de un contrato⁹⁶³. Y es que, no es raro ver casos en que los competidores protestan ante un cambio contractual. Por ejemplo, en *AT&T Communications v WilTel*⁹⁶⁴ especifica que: “This case does not ask whether Government

⁹⁵⁹ J. CIBINIC; R. C. NASH, *Administration of Government Contracts*, cit., p. 384 ; Veremos que los litigios son planteados por competidores inicialmente apartados, o por los contratistas en los casos en que la compensación por el trabajo extra no es suficiente.

⁹⁶⁰ C. FISCHER, “Unilateral variations in construction contracts”, cit., p. 7.

⁹⁶¹ GAO Hickey Company B-210252, 8 de marzo de 1983.

⁹⁶² R. J. PREVOST, “Contract Modification vs. New Procurement: An Analysis of General Accounting Office Decisions”, cit., p. 454 Sobre legitimidad en la modificación a pesar de no haber participado en procedimiento ver *Northorp v Grumman* 5Fed. Cl. 443, 456 (20019); *HDM Corp v US* 1 june 2005 Lexis 431; *CCL Inc v US* 3 Fed Cl. 780 79 (19978).

⁹⁶³ Asunto *Caltech* ya citado. Al acabar su contrato con el Gobierno, en lugar de volverse a licitar se incorporan esas prestaciones a un contrato ya en marcha.

⁹⁶⁴ *AT&T Communications v WilTel* 1 F.3d 1201 (Fed. Cir. 1993).

modifications breached a contract, but asks instead whether Government modifications changed the contract enough to circumvent the statutory requirement of competition” (par. 1205).

Respecto a las consecuencias de declarar una modificación como sustantiva –es decir, que no se trata de un constructive change ni de una modificación cubierta por las cláusulas-, pueden ocurrir dos cosas según el caso. Por un lado, cuando ha sido el contratista el que lo ha impugnado, se entenderá que estamos ante un “breach of contract” por parte de la entidad adjudicadora. Ello lleva a la concesión de una indemnización integral – compensación por lo realizado y pérdidas futuras-. En muchas ocasiones esta indemnización está limitada a través de una cláusula (liquidated damages clause) o incluso se ha suprimido (no damages o damages waiver clauses)⁹⁶⁵. Si se produce la nulidad del contrato, entonces se acudirá al resarcimiento a través de doctrinas de carácter extracontractual como la “promissory estoppel” o el “quantum meruit”.

A modo de resumen, se puede afirmar que para evaluar la posibilidad de cualquier modificación se debe realizar un triple test: 1) ¿Se trata de un “cardinal change? (recordemos, una doctrina nacida de las disputas entre partes contratantes para decidir qué se consideraba incluido en el contrato original es ahora utilizado también para conocer qué cambios no incluidos en una cláusula del cambio han impactado negativamente en la licitación); 2) ¿Se altera un contrato de manera sustancial?; 3) ¿Qué justificaciones tiene la modificación? ¿Podría dar lugar a la adjudicación directa?

4.2. El caso de la Unión Europea como modelo convencional en transición.

Como es de sobra conocido, entre los objetivos principales de la Unión Europea está el establecimiento de un mercado interior (art. 26 TFUE) a través de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios⁹⁶⁶. Dada su importancia económica, la contratación pública pronto destacó como uno de los ámbitos esenciales para alcanzar dicho objetivo.

⁹⁶⁵ D. S. OLES, “No Damage Clauses in Construction Contracts: A Critique”, *Washington Law Review*, vol. 53, 1977.

⁹⁶⁶ C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 4th ed, Oxford University Press, Oxford, 2013.

En un primer momento se consideró que los preceptos del Tratado serían suficientes para garantizar que la contratación pública contribuiría al objetivo del mercado interior. Por ejemplo, el artículo 31 del Tratado Constitutivo de 1957 señalaba que los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente –con las únicas excepciones de causas de orden público, moralidad, protección de la salud, entre otras (art. 36). O el artículo 37, que obligaba a los Estados a modelar los monopolios nacionales de manera que se excluyese todo tipo de discriminación entre operadores. Sin embargo, no pasó mucho hasta que fue obvio que otros instrumentos eran necesarios. Con esa finalidad se aprobaron primero los llamados “programas generales” por los que se desarrollaba el Tratado y se suprimían las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de los servicios⁹⁶⁷. Después llegaron las Directivas de contratación pública, habiéndose aprobado en 2014 la cuarta generación⁹⁶⁸.

La base jurídica que habilita a la Unión para aprobar estas Directivas ha sido siempre la misma: alcanzar el mercado interior a través del reconocimiento mutuo (art. 53.1 TFUE) y la armonización de los procedimientos de contratación pública (art. 114 TFUE). Sin embargo, para lograr ese objetivo la Unión ha ido aumentando la densidad normativa de las Directivas. En los años setenta, la primera generación de Directivas contenía 34 artículos que estaban centrados en prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio, en lograr la suficiente publicidad de los contratos y en el diseño de varios procedimientos básicos⁹⁶⁹. Hoy, la cuarta generación de Directivas tiene más disposiciones y abarca más ámbitos que antes, v.g defensa, sectores especiales o concesiones. Se regulan incluso algunos aspectos de la fase de ejecución del contrato.

Al tratarse de unas Directivas centradas en la adjudicación del contrato, la fase de ejecución del contrato no recibía apenas atención. Los Estados se habían ido comprometiendo, a veces a regañadientes, a regular los procedimientos de adjudicación. Ello ya era *per se* una revolución para países como Reino Unido o Dinamarca donde las entidades adjudicadoras gozaban de gran discrecionalidad. La ejecución del contrato era un territorio vedado al Derecho europeo en la medida en que inmiscuirse en la legislación contractual suponía trastocar normas que en muchos casos tenían siglos de Historia. Ejemplo de ello es la

⁹⁶⁷ DO n° 2 de 15 . 1 . 1962 , p. 36/62 , y DO n° 2 de 15 . 1 . 1962 , p. 32/62 respectivamente.

⁹⁶⁸ F. WEISS, *Public procurement in European Community law*, Athlone Press, London, 1993.

⁹⁶⁹ Dir. 71/305 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

regulación de la llamada ineficacia contractual (“ineffectiveness”) introducida en la Directiva 2007/66 y que permitía resolver contratos irregularmente adjudicados aunque ya se encontraran en plena ejecución. Se llegó a afirmar que se trataba de un mecanismo revolucionario en países como Reino Unido⁹⁷⁰ o Alemania⁹⁷¹.

Así pues, ni que decir tiene que en lo que respecta a la modificación del contrato, las Directivas no habían contemplado la posibilidad de regularla ni los Estados esperaban que ello ocurriese. El pensamiento dominante a nivel Derecho europeo se resume bien en la Opinión de Abogado General Fennelly en el asunto Tögel señalando que “es una cuestión de legislación nacional el hecho de si renegociar los términos de un contrato supone la ruptura de la continuidad de dicho contrato de manera que ello conlleve la aplicación de las normas de adjudicación de la Directiva 92/50”⁹⁷².

Sin embargo, esta postura cambió al poco tiempo. Puede decirse que la regulación europea de la modificación de los contratos es de origen jurisprudencial. Ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha ido elaborando la doctrina sobre la modificación de los contratos que hoy forma parte de la Directiva. Y lo hace con base en los principios que informan todo el procedimiento, entendiendo que si no son respetados en la ejecución se pone en peligro la eficacia de todo el sistema.

El activismo jurisprudencial del Tribunal de Justicia primero, y el desarrollo legislativo después hacen que hoy se pueda afirmar que la Unión Europea ha diseñado un modelo regulatorio al respecto de la modificación de los contratos. Ahora bien, este modelo regulatorio viene marcado por varias cuestiones principales:

Primero, la Unión sólo puede legislar sobre las materias que tiene competencia y respetando, entre otros, el principio de subsidiariedad. En este sentido, no deja de ser sorprendente que la regulación de la modificación de los contratos públicos por parte de la Unión no haya despertado en los países miembros el recelo que sí despertaron otros temas⁹⁷³.

⁹⁷⁰ M. TRYBUS, “The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom”, *Ius Publicum Network Review*, 2011.

⁹⁷¹ M. BURGI, “A Report about the German Remedies System”, en Steen Treumer, François Lichère (eds.) *Enforcement of the EU public procurement rules*, DJØF Pub, Copenhagen, 2011 (European procurement law series).

⁹⁷² AG Fennelly, Sentencia de 24.09.1998, caso C-76/97 Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse [1998], ECLI:EU:C:1998:432, p. 66

⁹⁷³ Pensemos en el asunto Telaustria y sus derivaciones, que dieron incluso lugar a un recurso de Alemania

Segundo, y esto es relevante a la hora de interpretar los conceptos tanto a nivel europeo como nacional, debe quedar claro que al incorporar esta regulación detallada repleta de conceptos indeterminados, la Unión Europea atrae hacia sí una gran cantidad de conceptos que ahora tendrán que ser interpretados siguiendo las normas europeas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Al menos así sería en aquellos contratos cubiertos por las Directivas o que tengan cierto interés transfronterizo.

Tercero, dentro de lo que llamamos régimen europeo de la contratación hay que distinguir cinco regímenes jurídicos diferenciados: el régimen general (Directiva 2014/24), el régimen de concesiones (Directiva 2014/23), régimen de sectores especiales regulados (Directiva 2014/25), el régimen del sector de Defensa (Directiva 2009/81) y el régimen de los contratos fuera del alcance de las Directivas, pero al que se aplica el régimen del Tratado⁹⁷⁴.

De momento debe subrayarse que, si bien las reglas de adjudicación del contrato varían mucho entre unas Directivas y otras, gozando de menor flexibilidad la Directiva clásica⁹⁷⁵, curiosamente no ocurre lo mismo con las reglas de modificación de contratos, que son prácticamente iguales en los tres casos⁹⁷⁶. Estudiaremos a continuación el régimen general, remitiendo el análisis del resto a su sección correspondiente.

4.2.1. La situación previa a 2014.

La regulación europea de la contratación pública ha sido tradicionalmente una regulación centrada en el momento de la adjudicación, estableciendo un conjunto de reglas para que ésta estuviese abierta a potenciales candidatos transnacionales. Aparentemente, no existía motivo para regular la modificación del contrato, un fenómeno que se produce en la fase de ejecución. Por ello, todo lo que ocurría tras la adjudicación no era objeto de las normas

frente a una Comunicación Interpretativa de la doctrina que surge de ese fallo. DOUE 2006/C179/02, *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas* y asunto Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010, caso T-258/06, *Alemania c. Comisión* [2010].

⁹⁷⁴ Ver X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública”, cit.

⁹⁷⁵ La profesora Sue ARROWSMITH considera que la flexibilidad de la Directiva de sectores especiales debería exportarse a la Directiva clásica. Cfr. S. ARROWSMITH, “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2012.

⁹⁷⁶ Así lo advierte F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva directiva de concesiones. un largo viaje con final esperado”, Madrid, 2015., p. 37.

européas⁹⁷⁷.

A pesar de ello, sí que existían determinados preceptos que tenían una relación indirecta con la modificación del contrato. Así, la regulación de la adjudicación directa y de la adjudicación a través del procedimiento del negociado sin publicidad⁹⁷⁸, que permitía acudir a estos procedimientos en determinados supuestos como, por ejemplo, los casos de urgencia o los trabajos adicionales. En ocasiones, estas excepciones servían como cobertura legal a la alteración de las condiciones iniciales del contrato⁹⁷⁹. En este sentido, la profesora HORGUÉ BAENA señaló que el precepto encargado de regular los trabajos complementarios definía éstos de manera tal que encajaba perfectamente con la definición de la legislación española sobre la modificación del contrato. Concluía incluso que “la modificación del contrato es una institución que no contraría la normativa comunitaria, habida cuenta que al menos su resultado final está permitido⁹⁸⁰. Y en esa línea se pronunció el TGUE años más tarde en el asunto AVE (2014)⁹⁸¹: aunque España consideraba que se trataban de meras modificaciones, la Comisión y el Tribunal afirmaron que “el artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 [trabajos adicionales como supuesto para acudir al negociado sin publicidad] se aplica a las modificaciones de los contratos públicos decididas durante su fase de ejecución”⁹⁸².

Las entidades adjudicadoras tenían dos argumentos de defensa a la hora de realizar

⁹⁷⁷ Como dice Treumer, “consequences of the EU public procurement rules after the conclusion of the contract have therefore sometimes been overlooked or denied by many in theory and practice”. S. TREUMER, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 3, 2014., p. 148; en el mismo sentido R. NOGUELLOU, “Les nouvelles Directives et l’exécution des contrats”, *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 15, 21 avril 2014, 2014., p. 853: “... aut fait que, pour la première fois, la réglementation européenne s’est intéressée à la phase d’exécution des contrats ».

⁹⁷⁸ El procedimiento negociado sin publicidad se incorpora en la Directiva 88/295/CEE, una Directiva que parece reconocer el fracaso que había supuesto hasta entonces la regulación europea. En 1985 ve la luz el White Paper de la Comisión *Completing the Internal Market*, COM(85) 310 final; Éste es tajante al afirmar que las estadísticas indican que una gran parte de los contratos queda fuera del alcance de las Directivas, lo cual tiene un efecto nocivo en el objetivo de abrir el mercado de la contratación. En el párrafo 84 se centra el foco en el uso de la partición de los contratos y del método de adjudicación directa.

⁹⁷⁹ Al respecto ver K. HARTLEV; M. W. LILJENBØL, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, vol. 22, 2, 2013., p. 67.

⁹⁸⁰ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 209.

⁹⁸¹ Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47 y Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-235/11 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:49. Ambas Sentencias fueron casadas en favor de España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2156.

⁹⁸² Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47, p. 47.

modificaciones contractuales: 1) que se trataba de modificaciones contractuales y, por tanto, no estaban cubiertas por el Derecho europeo; 2) que en caso de considerarse nuevos contratos debía entenderse aplicable uno de los supuestos que permitía la adjudicación sin publicidad. Sin embargo, ambas vías fueron desactivadas por el TJUE. La primera a través de la extensión de los principios generales de la contratación a la fase de ejecución y la creación de nuevos conceptos jurídicos⁹⁸³. La segunda, al mantener una interpretación estricta de los supuestos que permitían la adjudicación sin publicidad, como por ejemplo la urgencia y la imprevisibilidad⁹⁸⁴.

4.2.2. El activismo judicial del TJUE

Profundicemos en el estudio de cómo el Tribunal elabora una doctrina mediante la cual la modificación del contrato se convierte en una materia que debe ser regulada por el Derecho europeo. Como se ha dicho, la regulación de la modificación de los contratos es una construcción de origen jurisprudencial – lo cual no es más que otro ejemplo del activismo judicial del Tribunal de Justicia en el ámbito de la contratación pública.

En los trabajos que describen este proceso suele siempre partirse de los *asuntos Succhi di Frutta* o *Pressetext* como los *leading case* en la materia, y a continuación se estudia la evolución doctrinal de manera cronológica⁹⁸⁵. En el presente estudio, sin embargo, no seguiremos un orden cronológico, sino que desgranaremos la jurisprudencia según los diferentes aspectos de la regulación⁹⁸⁶. Ahora bien, recogemos a continuación los casos que

⁹⁸³ Sin embargo, aunque las Directivas nada decían al respecto, el Tribunal fue capaz de elaborar una doctrina en torno a la figura de la “modificación sustancial” y el “nuevo contrato”, siempre con el objetivo de proteger el resultado de la licitación.

⁹⁸⁴ X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas directivas.”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 163, 2014.

⁹⁸⁵ *Pressetext* es considerada la primera vez que el Tribunal lleva a cabo un análisis directo y detallado de la cuestión de los modificados. Al menos así se pronuncia A. BROWN, “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2008., pp. 253; el autor considera este fallo como una Sentencia clave para el Derecho de los contratos públicos, tanto europeo como nacional: “*Pressetext* therefore ranks alongside Alcatel, Teckal and Telaustria as a major landmark judgment which is likely to be cited and debated frequently in future procurement cases, both before the Court and in national courts and tribunals”.

⁹⁸⁶ Además, hubo otros casos en los que se archivaron las actuaciones, como el asunto C-50/03 en el que el Oberlandesgericht Rostock alemán plantea la siguiente cuestión prejudicial: Un acuerdo para la modificación de un contrato público de suministro ya celebrado (adquisición de bienes distintos de los originalmente previstos), ¿constituye un contrato público de suministro sujeto a la obligación de licitación en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36/CE, si: 1) el valor de los bienes objeto del acuerdo de modificación excede del umbral establecido en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/36/CE, y; 2) por lo que respecta a los bienes objeto del acuerdo de modificación, se produce un cambio de proveedor a la vez que se modifican de manera sustancial las especificaciones correspondientes a dichos bienes? Sin embargo, la

trataremos con el fin de facilitar al lector la comprensión.

En *Succhi di Frutta* (2004) el Tribunal estudió una modificación en la naturaleza de la contraprestación durante la ejecución de un contrato de cooperación exterior (precio pasa de ser manzanas a melocotones)⁹⁸⁷. En *Pressetext* (2008) se aborda un cambio de contratista, una alteración de divisa y la supresión de una cláusula de terminación si bien ninguna de ellas se considera sustancial⁹⁸⁸. En el asunto *Wall* (2010) se aborda un cambio de subcontratista, teniendo en cuenta que la oferta resultó vencedora precisamente por la experiencia del subcontratista que ahora deja de prestar servicios⁹⁸⁹. El asunto *Comisión contra España* (2010) se centra en la introducción de obras complementarias en un contrato de concesión de un tramo de la autovía del Noroeste A-6, considerando la Comisión que se trata de una modificación de las condiciones iniciales⁹⁹⁰. En el asunto *Comisión contra Alemania* (2010), se pone en cuestión todo el sistema de adjudicación de servicios de ambulancia y transporte sanitario de viajeros al aumentar el área de ejecución de los servicios de manera sistemática los contratos existentes sin volver a licitar⁹⁹¹. En el asunto *España contra Comisión* (2013) esta última pretende la devolución de las ayudas para la construcción de infraestructuras (AVE) porque su ejecución no respetó la normativa de contratación – de nuevo la Comisión entiende que en lugar de meras modificaciones se estaba adjudicando directamente nuevos contratos⁹⁹². En el asunto *Idrodinámica* (2014) se plantea la modificación subjetiva del contrato debido a la alteración en la composición de una UTE⁹⁹³.

cuestión se archiva el 9 de noviembre de 2004 sin pronunciamiento del Tribunal.

⁹⁸⁷ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c. CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236.

⁹⁸⁸ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. Austria [2008], ECLI:EU:C:2008:351.

⁹⁸⁹ Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECLI:EU:C:2010:182.

⁹⁹⁰ Sentencia de 22.04.2010, caso C-423/07 Comisión contra España (asunto A-6) [2010], ECLI:EU:C:2010:211.

⁹⁹¹ Sentencia de 29.04.2010, caso C-160/08 Comisión c. Alemania (Sistema de ambulancias alemán) [2010], ECLI:EU:C:2010:230.

⁹⁹² Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47 y Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-235/11 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:49. Ambas Sentencias fueron casadas en favor de España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2156.

⁹⁹³ Sentencia de 8 de mayo de 2014, caso C-161/13 Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA. [8 de mayo de 2014], ECLI:EU:C:2014:307.

El fundamento para limitar la modificación de los contratos: los principios de la contratación

El Tribunal considera que la adjudicación de los contratos se regula con la idea de servir al cumplimiento de unos objetivos comunitarios. Para ello, además de las reglas sustantivas deben observarse unos principios informadores sobre los que se estructura todo el sistema regulatorio. Aceptar que un contrato se pueda modificar después de ser adjudicado supone burlar ese sistema de adjudicación y, por tanto, los principios que lo informan.

En el asunto *Succhi di Frutta* (2004)⁹⁹⁴, la Comisión actúa como ente adjudicador en un contrato de suministros agrícolas a terceros países, siendo la contraprestación la entrega de determinadas frutas (por ejemplo, se suministra zumo concentrado a cambio de fruta). Durante la ejecución ocurre que, ante la escasez de manzanas, se sustituye el precio por melocotones, aceptándolo la Comisión y siendo denunciado por uno de los licitadores que fue apartado de la adjudicación.

En el desarrollo de su argumentación, el Tribunal vincula expresamente la modificación del contrato, a la licitación y a los principios que informan el procedimiento. La Comisión considera que el Tribunal “lleva demasiado lejos el principio de igualdad de trato entre dos licitadores. Si bien es cierto que en los procedimientos de licitación pública todos los licitadores deben recibir el mismo trato antes de la adjudicación, una vez efectuada la adjudicación la condición jurídica de los licitadores adjudicatarios y de los no adjudicatarios es distinta. La relación entre la Comisión y el licitador adjudicatario es una relación contractual, que se rige, por consiguiente, por las normas en materia de imposibilidad, fuerza mayor, etc. En cambio, con los licitadores que no han ganado la licitación ya no existe ninguna relación jurídica. Por consiguiente, la Comisión afirma que, tras la adjudicación, dejan de aplicarse las Directivas sobre contratos públicos”⁹⁹⁵. Sin embargo, el Tribunal no opina lo mismo y recuerda la importancia del principio de igualdad (p.108 y 110) y la obligación de transparencia que éste implica para alcanzar una competencia sana y efectiva (p. 109-111). En particular

110. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación

⁹⁹⁴ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c, CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236.

⁹⁹⁵ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c, CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236 . Opinión del Abogado General (p. 21).

pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

111. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

Y continúa:

115. En tal contexto, corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.

116. Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

(...)

120. En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los **términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.**

121. Además, dicha práctica supondría **inevitablemente la vulneración de los principios** de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

Como se observa se produce una vinculación entre la modificación del contrato, y la licitación inicial y sus principios rectores.

En el *asunto Wall*, en el que por cierto el Abogado General realiza una completísima descripción del principio de transparencia, es donde más nítidamente se observa esa conexión entre los principios y las modificaciones:

37. Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación

de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato.⁹⁹⁶

Si al hecho de convertir al principio de igualdad de trato y de transparencia en los pilares que impiden la modificación del contrato le añadimos las consecuencias de la llamada doctrina de las obligaciones positivas del Tratado –asunto Telaustria y siguientes-⁹⁹⁷, resultará que existen límites a la modificación que derivan directamente del Derecho originario de la Unión, esto es, de sus Tratados. Por tanto, y siguiendo la citada doctrina, todos los contratos que tengan un interés transfronterizo deberán observar dichos principios. Un ejemplo de ello lo tenemos precisamente en el asunto Wall, un contrato de concesión de servicios no cubierto por las Directivas en el que el Tribunal señala que “las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva”.

Los límites de la modificación: de la renegociación a la modificación sustancial como mecanismos para saber si estamos ante un nuevo contrato

En el asunto Tögel, en el que se discute si hubo o no nuevo contrato a la luz de unas negociaciones posteriores a la entrada en vigor de la Directiva, el Abogado General Fennelly considera que

63. Si la relación entre las partes contratantes es firme y vinculante en Derecho nacional, de tal modo que incluso las variaciones del precio y de otras condiciones se producen en el contexto de un mismo contrato vinculante que continúa vigente, la Directiva sobre servicios no afecta a dicha relación. Si, en cambio, conforme al Derecho nacional, constituye meramente una relación duradera que establece un marco para la renegociación periódica de las condiciones, soy del parecer de que, a la primera ocasión, deben aplicarse los procedimientos contemplados en la Directiva sobre servicios.⁹⁹⁸

El razonamiento hace énfasis en la renegociación, entendiendo por ésta la necesidad de llegar a nuevos acuerdos. Si del contrato inicial se deducen mecanismos que permitan alteraciones

⁹⁹⁶ Y en el considerando siguiente repite el test de Pressetext: La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (véase, por analogía, la sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 35).

⁹⁹⁷ X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública”, cit.

⁹⁹⁸ Sentencia de 24.09.1998, caso C-76/97 *Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* [1998], ECR I-0535; Conclusiones del Abogado General Fennelly emitidas el 2 de abril de 1998.

sin la necesidad de nuevos acuerdos estaremos ante una relación continuada. Si, en cambio, se requiere un nuevo acuerdo, se tratará de nuevas condiciones y por tanto nuevo contrato. Esta interpretación atribuiría un peso excesivo a las cláusulas modificatorias, lo cual podría hacer inútiles los esfuerzos perseguidos regulando la modificación. Saltarse dichas provisiones sería tan fácil como introducir cláusulas de revisión en el contrato. Asimismo, haría excesivamente rígida la ejecución del contrato al impedir cualquier leve modificación que, en la práctica, necesita el acuerdo de las partes.

Otro asunto que normalmente pasa desapercibido –por centrarse en la fase de adjudicación y no en la ejecución-, pero que tiene importancia en este sentido, es el asunto Comisión contra Francia (“Rennes”) en el que la entidad adjudicadora entiende que se trata de un mismo procedimiento de adjudicación mientras que la Comisión considera que los cambios introducidos durante la negociación fueron tales que demuestran la intención de las partes de renegociar los términos esenciales del contrato⁹⁹⁹.

Sin embargo, la consideración de si estamos o no ante un nuevo contrato no podía recaer sólo en la voluntad de las partes de renegociar el contrato. Esto hubiese dificultado enormemente la tarea de saber cuando una modificación estaba o no permitida. Por eso se hacía necesario objetivar esa voluntad. Para ello se adopta la técnica de la “alteración sustancial” como mecanismo para saber si la modificación debía ser considerada como excesiva.

La creación de conceptos como “alteración sustancial”, “modificación esencial” o similares no es más que una manera de objetivizar el impacto de la modificación en los principios que rigen la contratación. Se huye, pues, de la utilización de parámetros subjetivos como la voluntad de las partes. A partir de ahora, con independencia de esa voluntad lo que se estudia es el resultado de sus acciones. Un primer acercamiento a estos nuevos conceptos se encuentra en el *asunto Succhi di Fruttta*:

“119. Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente”¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Case C-337/98, *Commission v France*, (“Rennes”) [2000] ECLI:EU:C:2000:543, para 44.

¹⁰⁰⁰ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c. CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236.

Profundiza en esta objetivización de la voluntad de las partes se observa en la Sentencia del *asunto AVE*:

“69. Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación del Reino de España según la cual alteró las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, de modo que la modificación del contrato inicial no puede considerarse sustancial. Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”¹⁰⁰¹

En ese caso el Tribunal consideró que se trataba de modificaciones sustanciales debido a que tenían “un valor económico significativo”, además de porque revestían “una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de falsos túneles y de un viaducto. Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial”¹⁰⁰².

Ahora bien, fue la sentencia en el *asunto Presstext*¹⁰⁰³, la primera que dio un salto cualitativo en la materia al desarrollar un esquema que gira sobre la doctrina de la alteración sustancial¹⁰⁰⁴. Dicho fallo apoya la presunción de nuevo contrato en la magnitud de la modificación y no sólo, como hacía el AG Fennelly en el asunto Tögel, en si se requería un nuevo acuerdo entre las partes¹⁰⁰⁵. La Sentencia del *asunto Presstext* es el resultado de una decisión prejudicial elevada al Tribunal por el Bundesvergabeamt austriaco en el marco de un litigio mantenido entre Presstext Nachrichtenagentur por un lado y la República de

¹⁰⁰¹ T-540/10, *España c. Comisión* [2013], ECLI:EU:T:2013:47 and T-235/11, *España c. Comisión* ECLI:EU:T:2013:49. Both of them were quashed September 4th 2014: C-197/13-P, *España c. Comisión* [2013], ECLI:EU:C:2014:2157; C- 192/13-P, *España c. Comisión* [2014] ECLI:EU:C:2014:2156. However, the CJEU did not refer to modification issues but to the time limits of the action brought by the Commission.

¹⁰⁰² Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47, p. 65.

¹⁰⁰³ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351.

¹⁰⁰⁴ Hacen referencia explícita a dicha doctrina en J. M. HEBLY; P. HEINJSBROOK, “When Amending Leads to Ending”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, Abingdon, 2013., p. 163.

¹⁰⁰⁵ Ahora bien, es justo reconocer que la esencia de *Presstext* se recoge ya en el asunto *Succhi di Frutta* como luego comprobaremos.

Austria y sus contratistas en un contrato de servicios de agencia de prensa por otro, por las continuadas modificaciones de las condiciones del contrato original (2000, 2001, 2005). Alteraciones que suponen un cambio de contratista, un ajuste de precios debido a la entrada en el euro y la inaplicación de la cláusula de terminación del contrato. En 2004, Presstetext ofrece al Estado sus servicios de agencia de prensa, servicio que estaba contratado desde 1994 con APA-OTS. Dicho contrato había sido modificado a través de los acuerdos adicionales antes mencionados. Presstetex solicita que estos acuerdos se consideren “adjudicaciones de facto” que no han seguido las normas europeas sobre adjudicación; subsidiariamente, que se declare contraria a Derecho la elección del procedimiento de adjudicación de que se trata.

Ante estas solicitudes, el Tribunal nacional eleva siete cuestiones prejudiciales. En términos generales, el Tribunal austriaco pretende que el Tribunal de Justicia elabore el concepto de “adjudicación” de un contrato con el objeto de aclarar cuando la modificación de un contrato preexistente constituye una nueva adjudicación. Ello tiene grandes repercusiones prácticas en tanto que si una modificación del contrato se considera una nueva adjudicación, deben seguirse los procedimientos fijados en la Directiva, lo cual requiere una nueva licitación.

Por tanto, lo primero que el Tribunal austriaco busca es que el Tribunal de Justicia defina si en el caso de hechos hay una adjudicación del contrato. El razonamiento del TJUE es el siguiente:

1. *Cita de los objetivos y medios del Derecho Europeo de la contratación pública*¹⁰⁰⁶. “El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados Miembros”¹⁰⁰⁷ Para dar cumplimiento a dicho objetivo, el Derecho comunitario dispone de tres medios principales: el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores, y “la correspondiente obligación de transparencia”¹⁰⁰⁸
2. *Regla general: habrá nueva adjudicación cuando las modificaciones supongan una alteración sustancial del contrato*. “Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público

¹⁰⁰⁶ Sobre la importancia de los objetivos de las normas a la hora de su interpretación en el Derecho europeo ha sido puesta de manifiesto en S. ARROWSMITH, “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, cit.

¹⁰⁰⁷ Asunto Presstetext, p. 31. Se cita la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p.I-1, apartado 44.

¹⁰⁰⁸ Aquí parece asumida la doctrina de las obligaciones positivas que emanan del Tratado –iniciada en el asunto *Unitron Scandinavia* y desarrollada en *Telasutria-*, y por tanto dichos medios se aplicarán a todo contrato que tenga interés transfronterizo.

efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”¹⁰⁰⁹.

Es la misma línea que sigue la Abogada General Juliane Kokott en ese mismo asunto¹⁰¹⁰. Ésta comienza reconociendo que, sobre todo en los contratos de “ejecución sucesiva y en los de larga duración”, pueden surgir circunstancias imprevisibles que requieran la adaptación del contrato para la correcta ejecución del mismo¹⁰¹¹. Entonces será necesario buscar el correcto equilibrio entre eficiencia en la prestación del servicio y el principio de igualdad de oportunidades para todos los contratistas¹⁰¹².

Cuando la AG aborda la interpretación del término adjudicación, lo hace teniendo claro los objetivos de la Directiva. Así, “la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y proteger los intereses de los operadores económicos de otros Estados miembros. Se trata de evitar que los poderes públicos adjudicadores den preferencia a los licitadores o candidatos nacionales y que se guíen en la adjudicación de contratos por consideraciones que no tengan carácter económico.”¹⁰¹³. Es precisamente la consecución de estos objetivos lo que le permite afirmar que desde el punto de vista del Derecho europeo, sólo requieren un nuevo proceso de adjudicación aquellas “modificaciones esenciales del contrato (...) capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios”¹⁰¹⁴. A la hora de abordar la modificación de los precios, la AG establece que la variación de precios debe tenerse en cuenta tanto en términos absolutos como en términos relativos al importe del contrato¹⁰¹⁵, de tal manera que no otorgue preferencia al contratista frente a otros posibles prestadores del servicio. Es interesante que, a pesar de reconocer que la variación a la baja que favorezca a la entidad adjudicadora

¹⁰⁰⁹ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351, p. 34.

¹⁰¹⁰ Conclusiones presentadas el 13 de marzo de 2008, AG Juliane Kokott. Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext [2008], ECLI:EU:C:2008:351.

¹⁰¹¹ Considerando 43 de las conclusiones AG Kokott Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351.

¹⁰¹² *Ibidem*, 44.

¹⁰¹³ *Ibidem*, 46.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, 48.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*, 88.

difícilmente falseará la competencia, dicha bajada debe compararse con las “condiciones (que) hubiera podido obtener en el mercado en el momento de la modificación contractual”¹⁰¹⁶

El Tribunal enumera las modificaciones del contrato que pueden ser calificadas como alteraciones sustanciales, realizando una suerte de test de materialidad. Intenta así dar respuesta a la pregunta que inmediatamente surge: ¿cuándo estamos ante una modificación sustancial?¹⁰¹⁷ La modificación de un contrato en vigor “puede” considerarse sustancial cuando se cumpla uno de estos extremos¹⁰¹⁸:

Test de licitación: a) “cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.”¹⁰¹⁹ ;

Test de objeto. : b) “cuando amplía el contrato en gran medida, a servicios inicialmente no previstos”¹⁰²⁰;

Test de equilibrio: c) “cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”¹⁰²¹.

Se trata de una formulación que se conoce como el **test de Presetext**, y que ha sido aplicada por la jurisprudencia posterior tanto europea como nacional. Como enseguida veremos, dicho test ha pasado ahora a formar parte del artículo 72 de las Directivas, encargado de regular la modificación de los contratos.

4.2.3. La regulación en las nuevas Directivas de 2014

La reciente reforma de las Directivas se enmarca dentro de la estrategia Europa 2020 y más en concreto de las acciones prioritarias expuestas en el Acta del Mercado Único de 2011¹⁰²².

¹⁰¹⁶ *Ibidem* 91.

¹⁰¹⁷ Coincido con BROWN en que estos puntos no son más que ejemplo, útiles sin duda, pero ejemplos. Por tanto la lista puede ser mayor. “three helpful examples of amendments that *would* be regarded as material”. Cfr. A. BROWN, “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06”, cit., pp. 260

¹⁰¹⁸ Omitimos ahora, por no ser objeto del trabajo, el razonamiento del Tribunal ante el cambio de contratista.

¹⁰¹⁹ Presetext p. 35.

¹⁰²⁰ Presetext p. 36.

¹⁰²¹ Presetext p. 37.

¹⁰²² Comunicación de la Comisión, *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608; y la Comunicación de la Comisión, *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*. «Juntos por un

Dentro de sus doce objetivos se encontraba el de la “Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos para llegar a una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores. La revisión, además, deberá ofrecer a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y habrá de garantizar un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME”.

Cuando la Comisión lanzó el Libro Verde sobre la necesidad de reforma de las Directivas de contratación pública¹⁰²³, dentro del epígrafe “Mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores”, se incluyó una sección sobre “interrogantes acerca de la ejecución del contrato”. Ésta incluyó a su vez un epígrafe dedicado a la modificación del contrato en el que se cuestionaba la claridad de la doctrina del TJUE y la inseguridad jurídica que provocaba. Por ello, se planteó si no deberían las Directivas regular la cuestión de las modificaciones sustanciales. Incluso se preguntó si no sería adecuado introducir procedimientos sencillos para la adjudicación de los modificados sustanciales – y pone de ejemplo el procedimiento negociado sin publicidad, “ofrece ya una solución para algunos cambios específicos”¹⁰²⁴.

En definitiva, que la razón inicial para legislar acerca de modificación contractual es la de arrojar luz sobre la doctrina jurisprudencial al respecto¹⁰²⁵.

Este Libro Verde dio pie a un periodo de consulta pública en que una mayoría de interesados consideró que, en efecto, era necesario codificar y aclarar la doctrina del TJUE¹⁰²⁶. Sobre este Libro Verde se pronuncia el Comité Económico y Social, que considera que la modificación de los contratos “hace que aumente el riesgo de corrupción” y defiende que no

nuevo crecimiento» {SEC(2011) 467 final}; Bruselas, 13.4.2011 COM(2011) 206 final.

¹⁰²³ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011)15 final.

¹⁰²⁴ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011)15 final, p. 27.

¹⁰²⁵ A pesar de los desarrollos jurisprudenciales, se trataba de un tema de gran incertidumbre. Sobre las limitaciones que ofrecía el marco jurisprudencial se pronuncian HEBLY, J.M y HEIJNSBROEK, P., “When amending leads to ending. A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change”, en PIGA, G., y TREUMER, S. (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2013, p. 180.

¹⁰²⁶ Synthesis Document, p. 13; ver también Staff Working Paper, Impact Assessment SEC (2011) 1585 final

se flexibilice el procedimiento de adjudicación en caso de modificaciones sustanciales por “el riesgo de corrupción y/o la falta de seguridad contractual” que ello conllevaría¹⁰²⁷. No consideró lo mismo el Comité de las Regiones al entender que las nuevas normas añadirían una nueva carga sobre las entidades contratantes y reducirían la flexibilidad de la contratación, por lo que defendía una posición basada en comunicaciones interpretativas de la Comisión que aclaren cómo enfrentarse a la modificación de los contratos¹⁰²⁸. Posteriormente la Comisión redactó su propuesta definitiva dando lugar al inicio de un procedimiento legislativo ordinario¹⁰²⁹. El Consejo y el Parlamento dividieron la Directiva en 10 grupos de trabajo, incluyendo a la modificación en el Cluster 8 “Sound procedures”. Durante el procedimiento legislativo hubo cambios significativos respecto al borrador inicial, sobre todo de estructura, que estudiaremos al analizar cada uno de los párrafos del texto¹⁰³⁰. A mediados de 2013 se alcanza un texto de Compromiso¹⁰³¹ y el 15 de enero de 2014 se aprueban en el Parlamento los distintos instrumentos jurídicos.

La modificación de los contratos se regula de manera muy similar en las tres Directivas aprobadas¹⁰³². En la Directiva 2014/24 la regulación de la modificación se encuentra situada en el Capítulo IV “Ejecución del contrato”, que se ocupa del establecimiento de condiciones especiales para la ejecución del contrato (art. 70), la subcontratación (art. 71), la modificación de los contratos durante su ejecución (art. 72) y la terminación de los contratos (art. 73). Se trata sin duda de uno de los puntos clave de las nuevas Directivas¹⁰³³.

El artículo 72 establece los supuestos que no requieren una nueva licitación (arts. 72.1 y 72.2) y termina afirmando que “Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2” (art. 72.5). Según Steem TREUMER no se

¹⁰²⁷ DOUE 29 octubre 2011, 2011/C318/19.

¹⁰²⁸ OJ C 391, 18.12.2012.

¹⁰²⁹ Propuestas de COM (2011) 895final; COM (2011) 896final; COM (2011) 897final.

¹⁰³⁰ Ver S. TREUMER, “Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011”, *Public Procurement Law Review*, 5, 2012.

¹⁰³¹ Texto de Compromiso 2011/0438 COD, de 12 de julio de 2013.

¹⁰³² Art. 43 de la Directiva 2014/23 de concesiones, Art. 72 Directiva 2014/24 y Art. 89 de la Directiva 2014/25 de sectores especiales.

¹⁰³³ J. M. GIMENO FELIÚ, “Las nuevas Directivas - Cuarta Generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. jul-sep, 159, 2013., p. 74 y ss.

trata de una regla sin excepciones, y podrá haber otros supuestos que permitan la modificación del contrato¹⁰³⁴. Sin embargo, a la luz de la interpretación restrictiva que el TJUE lleva a cabo de los casos que restringen la aplicación de los procedimientos ordinarios, debe entenderse que la posibilidad de modificar el contrato sin volver a licitar se acota a los supuestos del precepto, que se configuran como un *numerus clausus* fuera de los cuales se debe licitar.

A continuación estudiaremos los preceptos del artículo y la compleja relación que existe entre ellos.

El artículo 72 en su primer apartado (art. 72.1) comienza estableciendo como regla general que los contratos y acuerdos marco pueden modificarse sin un nuevo procedimiento en cualquiera de los supuestos que se recogen en el precepto¹⁰³⁵. El artículo pasa entonces a enumerar los supuestos en los cuales se podrá modificar el contrato. Debe subrayarse que el precepto expresamente dice que “en cualquiera de los casos siguientes”. Es decir, que con que se dé uno de los supuestos sería suficiente para poder modificar el contrato, con independencia de que los demás concurran o no. Estudiemos esos casos:

Artículo 72.1.a) Las modificaciones previstas

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2014/24 ya se entendía que la introducción de cláusulas que regulasen la modificación del contrato era aceptable desde el punto de vista del Derecho europeo¹⁰³⁶. Un ejemplo de ello es la posición del TJUE en el asunto *Succhi*, como contrapone modificaciones previstas (permitidas) a no previstas (no permitidas):

¹⁰³⁴ S. TREUMER, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, cit., p. 148

¹⁰³⁵ Es curioso el cambio de redacción que sufre el artículo en el proceso legislativo. En el texto original no se parte de una regla general de permitir la modificación, sino que comienza directamente con la doctrina de la alteración sustancial.

¹⁰³⁶ See K. HARTLEY; M. W. LILJENBØL, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, cit., p. 58

118. En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

119. Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente¹⁰³⁷.

Ahora, el artículo 72.1.a) muestra la voluntad de las Directivas de que la posibilidad de modificar el contrato sea detallada en los pliegos, de manera que los cambios futuros no afecten a la licitación. Ello se logra a través de la inclusión de cláusulas específicas centradas en la modificación. Lo complicado es saber el grado de detalle que deben tener esas cláusulas. Si son muy detalladas corren el riesgo de no ser útiles. Si son muy amplias pueden no tener el efecto deseado de protección de la licitación.

El Abogado General Bot en sus conclusiones en el asunto Wall capta a la perfección la esencia de este apartado: “cuando la entidad adjudicadora prevé que determinadas condiciones de la adjudicación del contrato pueden ajustarse tras la selección del concesionario y se refiere expresamente en el pliego de condiciones a esta posibilidad de adaptación, así como la forma en que puede hacerse efectiva, todas las empresas interesadas en participar en la concesión tienen conocimiento de estas circunstancias desde el primer momento y se encuentran, de este modo, en condiciones de igualdad en el momento de formular sus ofertas”¹⁰³⁸.

El artículo debe leerse junto al Considerando 111 que sirve para interpretar el precepto, y proporciona algunos ejemplos del contenido y funciones de estas cláusulas:

- Indexaciones de precios

¹⁰³⁷ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Commission v CAS Succhi di Frutta SpA [2004], ECLI:EU:C:2004:236.

¹⁰³⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves BOT, presentadas el 27 de octubre de 2009, Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros [2010], ECR I-02815, p. 65; hay que destacar el estudio detallado que realiza el jurista acerca de la obligación de transparencia (considerandos 34-89).

- Garantizar que, por ejemplo, equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos.
- También debería resultar posible con arreglo a cláusulas suficientemente claras disponer las adaptaciones del contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que hayan surgido durante el funcionamiento o mantenimiento.
- Por último también procede recordar que los contratos pueden incluir, por ejemplo, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público.
- El artículo menciona las “opciones” como tipo de cláusula, pero la Directiva no ofrece una definición al respecto. HARTLEV y WAHL consideran que en la contratación pública una opción es la posibilidad de adquirir más bienes y servicios en unas condiciones previamente fijadas en el contrato¹⁰³⁹.

Para que las cláusulas sean consideradas como cláusulas válidas que dan cobertura jurídica a una modificación contractual debe observarse un requisito formal y otro, un requisito material. El **requisito formal** para que estas cláusulas tengan valor como tales es que se redacten de manera “clara, precisa e inequívoca”. A la hora de analizar si ese requisito se cumple habrá que ver si la ejecución de la cláusula requiere negociación entre las partes o por el contrario es de ejecución automática.

Además, como **requisito material**, se impone como condición de eficacia el que las propias cláusulas determinen “el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse”. Estos requisitos darán lugar a una alta litigiosidad en la medida en que desde el momento en que no se cumplan las cláusulas de modificación quedan desactivadas e inutilizables, obligando a la entidad adjudicadora a acudir a una nueva licitación.

Por ejemplo, el TJUE ya ha señalado que la mera remisión a la legislación nacional no respeta el principio de transparencia exigido por el Derecho europeo¹⁰⁴⁰. También el Tribunal General en el asunto AVE (2014) describe los efectos de dicha práctica:

¹⁰³⁹ K. HARTLEV; M. W. LILJENBØL, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, cit., p. 60.

¹⁰⁴⁰ Sentencia de 22.04.2010, caso C-423/07 Comisión c. España (asunto A-6) [2010], ECLI:EU:C:2010:211, p. 65.

“61. (...) No obstante, es preciso declarar, como hizo la Comisión (considerando 58 de la Decisión impugnada), que la mera remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional en dichos pliegos no es suficiente para dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y de transparencia, recordados en los apartados 43 a 45 supra. En efecto, ello permitiría a la entidad adjudicadora llevar a cabo una modificación del contrato inicial, ciertamente por razones de interés público motivadas por causas imprevistas, pero también por «necesidades nuevas» (artículo 101, apartado 1, del TRLCAP). Pues bien, el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación (véanse los apartados 51 y 60 supra). Por otra parte, la referencia a los artículos 101, apartados 2 y 3, y 146 del TRLCAP tampoco puede garantizar el respeto de los principios antes mencionados, dado que estas disposiciones se refieren, en esencia, a requisitos formales relativos al procedimiento que debe seguir la entidad adjudicadora para modificar el contrato inicial”¹⁰⁴¹.

Por último, no por obvio es menos necesario resaltar que toda cláusula de modificación debe estar fijada en los documentos de la adjudicación, y no ser introducida directamente a la hora de firmar el contrato.

Respecto a los **límites**, aunque el artículo señala que se pueden introducir estas cláusulas “con independencia de su valor pecuniario” lo cierto es que también se establecen algunas limitaciones. Primero, el Considerando 111 establece que “tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada”¹⁰⁴². Segundo, que no supongan la alteración de la naturaleza global del contrato. Veremos que se trata de un límite habitual a lo largo de todo el precepto estudiado y para el cual, sin embargo, apenas se ofrece una interpretación.

Sobre el concepto de “naturaleza global del contrato” la Directiva sólo proporciona algunos ejemplos en el Considerando 109: “si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”. Un criterio para saber si se altera la naturaleza global del contrato es analizar la similitud de las prestaciones, pero no sólo sus características, sino también su cantidad. Por ejemplo, ARROWSMITH considera que no sería posible una cláusula que permite pasar de 10 unidades a 50¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47, p. 61.

¹⁰⁴² En UK se aplica esta previsión en *R (on the application of the Law Society) v Legal Services Commission, Dexter Montague and Partners (a firm) v Legal Services Commission* [2007] All ER (D) 469 (Nov) para 86-87.

¹⁰⁴³ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2015., p. 589.

Para GALLEGO CÓRCOLES, este criterio de “naturaleza global” no hace referencia a la naturaleza del contrato sino a las características esenciales del procedimiento de contratación llevado a cabo¹⁰⁴⁴.

Artículo 72.1.b) Los trabajos adicionales

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

- i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y
- ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

(...) Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

72. 3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

A través del conjunto de apartados que acabamos de citar la Directiva ha incorporado como supuesto de modificación lo que hasta ahora era uno de los supuestos de adjudicación a través del negociado sin publicidad de la Directiva 2004/18 (art. 31.2.b y 31.4.b). Y lo ha hecho con una gran flexibilidad, mayor incluso que la manera en que anterior Directiva regulaba los trabajos adicionales.

El considerando 108 señala que este supuesto de la modificación se podrá utilizar “en particular cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes”.

Se establecen como requisitos que: i) se trate de trabajos adicionales (es decir, según el texto, que los nuevos trabajos resulten necesarios y que no estén incluidos en la contratación

¹⁰⁴⁴ I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, cit. AEPDA, p. 29.

original); y ii) que cambiar al contratista no sea factible por razones económicas o técnicas o genere inconvenientes significativos o aumento sustancial de costes.

Los requisitos establecidos permiten una gran flexibilidad. Primero, por cómo están redactados. Por ejemplo, se permite cuando “genere inconvenientes significativos” sin añadir de qué tipo deben ser éstos. Estos inconvenientes deben ser probados por la entidad adjudicadora y deberán ser estrictamente interpretados. Pero es que, además, ya no se exige en este punto que concurran “circunstancias imprevistas” como si se hacía en la Directiva 2004/18.

Además, no está claro cómo interpretar el requisito de que los trabajos adicionales “resulten necesarios”, si debe entenderse como necesidades nuevas o no. En el asunto AVE (2014) se abordan algunas de estas cuestiones en la medida en que la Comisión y el Tribunal consideran que no estamos ante meros modificados sino ante un supuesto de trabajos complementarios¹⁰⁴⁵. En dicho asunto se analiza la imprevisibilidad de las distintas obras adicionales. Dado que el nuevo precepto no exige imprevisibilidad, dejaremos su análisis para el supuesto de “circunstancias imprevisibles” (art. 72.1.b)

Tampoco será sencillo identificar cuando no es factible cambiar de contratista o se generan graves inconvenientes. El TJUE ha sentado una interpretación estricta al respecto. Así, no acepta que no se pueda cambiar de contratista por razón de preservar la homogeneidad de la flota¹⁰⁴⁶, de garantizar la continuación de unas obras en un proyecto complejo¹⁰⁴⁷, o de evitar interferencias técnicas en obras en curso¹⁰⁴⁸.

Respecto a los límites, se establece un techo del 50% del valor aplicado a en cada ocasión que se decida modificar bajo este supuesto. Una previsión extremadamente flexible que se aparta del criterio de la Directiva 2004/18, que establecía un techo del 50% acumulado. Para evitar que se utilice de manera abusiva se establece que “modificaciones consecutivas no

¹⁰⁴⁵ Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-540/10 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:47 y Sentencia de 31 de enero de 2013, caso T-235/11 Reino de España contra Comisión Europea [31 de enero de 2013], ECLI:EU:T:2013:49. Ambas Sentencias fueron casadas en favor de España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2156.

¹⁰⁴⁶ Sentencia de 8 de abril de 2008, caso C-337/05 Comisión contra Italia (asunto Helicópteros Augusta) [8 de abril de 2008], ECLI:EU:C:2008:203.

¹⁰⁴⁷ Sentencia de 14 de septiembre de 2004, caso C-385/02 Comisión contra Italia [14 de septiembre de 2004], ECLI:EU:C:2004:522.

¹⁰⁴⁸ Sentencia de 18 de mayo de 1995, caso C-57/94 Comisión contra Italia [18 de mayo de 1995], ECLI:EU:C:1995:150.

deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva”. Difícilmente se podrá probar si tenían por objeto ese fin o no cuando se ha despojado de todo elemento objetivo de comprobación.

Tanto en este supuesto como en el siguiente (circunstancias imprevisibles), el uso de porcentajes máximos que no tienen carácter acumulativo sino que se aplican a cada modificación por separado, lo cual es considerado como uno de los aspectos más criticables del texto y no será recogido por la legislación española¹⁰⁴⁹.

Un caso que permite observar en cierta medida estos límites es el caso de la A-6 *Comisión contra Reino de España* en el que tras la licitación de un contrato de concesión de autopista de peaje se permite a la contratista llevar a cabo obras complementarias, algo que según España se permitía en la legislación sectorial. Éstas no son consideradas modificaciones en el ámbito del Derecho doméstico, si bien la Comisión no opina lo mismo:

43. En opinión de la Comisión, el hecho de que las obras complementarias no estuvieran comprendidas en el objeto de la concesión y de que un licitador normalmente informado no pudiera deducir de las cláusulas del pliego que podía presentar proposiciones para la ejecución de obras de tal envergadura favorecía únicamente a Iberpistas, que ya era concesionaria del tramo de peaje de la autopista A-6 y conocía las necesidades reales del poder adjudicador. Por el contrario, ni los otros candidatos ni los licitadores potenciales podían conocer todos los datos que iban a tomarse en consideración para adjudicar la concesión, lo cual constituye una vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores.

El Tribunal le da la razón a la Comisión

70. En cualquier caso, aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece.

71. En caso contrario, esas obras denominadas «complementarias» se sustraerían a la obligación de publicidad y, por consiguiente, a toda forma de competencia. Puesto que los licitadores que hicieran uso de su iniciativa serían totalmente libres para someter proposiciones en las que determinarían la naturaleza, la extensión y la localización geográfica de las obras previstas, de forma independiente y sin necesidad de contemplar un objetivo previamente determinado, no sería posible en modo alguno comparar sus ofertas.

Como manera de compensar la extrema flexibilidad para modificar el contrato bajo este supuesto, el precepto impone la obligación de publicar un anuncio de la modificación en el

¹⁰⁴⁹ En este sentido también I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, cit., p. 41.

DOUE. Ello sigue la línea de la Directiva 2004/14 y la manera que regulaba este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad.

Artículo 72.1.c) Las modificaciones por circunstancias imprevisibles

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,
- ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,
- iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

(...) Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

(72.3) 3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

Tal y como ocurre en el anterior caso, la anterior Directiva 2004/18 consideraba este supuesto como uno de los que habilitaba el uso del procedimiento negociado sin publicidad¹⁰⁵⁰. Ahora en las nuevas Directivas pasa a ser también un supuesto para modificar el contrato¹⁰⁵¹.

El precepto contiene elementos que le otorgan flexibilidad a la entidad adjudicadora tales como la posibilidad de realizar cualquier tipo de cambio o no exigir urgencia alguna, que sí era exigida para adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad.

El primer requisito hace referencia a la existencia de imprevisibilidad, el considerando 109 señala que serán “aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder

¹⁰⁵⁰ C- 194/88 R *Comisión c. Italia* [1988], ECR – 05647; C-24/91 *Comisión c. España* [1992], ECR I-1989; C-385/02 *Comisión c. Italia* [2004], ECR I-08121.

¹⁰⁵¹ El artículo 32.2 “Uso del procedimiento negociado sin publicación previa” sí mantiene el supuesto de:

c) cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores

adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”. Por tanto, el propio concepto de circunstancias imprevisibles aparece profundamente marcado por elementos subjetivos (v.g medios a disposición) y elementos objetivos (v.g características del proyecto).

A continuación se recogen alguno de los acontecimientos que los Estados Miembros pretendieron hacer pasar por acontecimientos imprevisibles, y los razonamientos jurídicos que llevaron a la Sala a descartarlo. Hay dos grandes tipos de casos: los casos en que no existen circunstancias imprevisibles ya que la entidad adjudicadora tenía datos suficientes con anterioridad a que se considerase como causa de urgencia, y por tanto podía haberse evitado. Y también los casos en que, sin tener los datos precisos, la entidad adjudicadora podía prever que un suceso así pasaría. Veamos algunos ejemplos.

Dentro del primero de los bloques el caso en que el Tribunal se muestra más tajante es precisamente la primera vez que se elabora una argumentación algo detallada sobre la cuestión de la imprevisibilidad en la contratación. Se trata del asunto *La Spezia*¹⁰⁵² de 1988. En éste, el Gobierno italiano defiende la existencia de urgencia por razones de salud pública a la hora de reestructurar un horno incinerador para adaptarlo a la normativa existente. La Sala no cuestiona la existencia de un riesgo a la salud pública, pero si niega que se trate de circunstancias imprevisibles ya que las prescripciones técnicas nacionales para la eliminación de residuos se aprobaron en 1982, y no se abordó la adaptación a éstas hasta años después¹⁰⁵³. Por ello declara que “el Consorzio, responsable de los trabajos, es el **causante de dicha situación por su lentitud para adecuarse a las nuevas prescripciones técnicas**”¹⁰⁵⁴. La exigencia de dicha diligencia, que estaba implícita en el espíritu de la norma, se incorporó de manera expresa a la redacción de las Directivas a partir de la

¹⁰⁵² Sentencia de 27.09.1988, caso C- 194/88 R *Comisión c. Italia* [1988], ECR – 05647.

¹⁰⁵³ Sentencia de 27.09.1988, caso C- 194/88 R *Comisión c. Italia* [1988], ECR – 05647, p. 14: “La exposición cronológica de los hechos permite en primer lugar señalar que, sea cual fuere la urgencia de los trabajos que deban realizarse, tal urgencia no es consecuencia de acontecimientos imprevisibles”.

¹⁰⁵⁴ Sentencia de 27.09.1988, caso C- 194/88 R *Comisión c. Italia* [1988], ECR – 05647, p. 16.

Directiva 88/295 de suministros¹⁰⁵⁵. Así pues, a la situación de urgencia pudo haberse evitado con un adecuado manejo de los datos existentes.

En el asunto *Comisión c. España* de 1992¹⁰⁵⁶, ante la supuesta urgencia para constuir un inmueble por el comienzo del curso la Comisión afirma que **no puede existir imprevisibilidad en una circunstancia que supone un problema existente y recurrente desde años**. En ese sentido, el Abogado General LENZ señala que el incremento del número no es algo imprevisible, ni siquiera aunque hubiese sido un crecimiento extraordinario, ya que “procesos de este tipo no son (...) en modo alguno imprevisibles”¹⁰⁵⁷. El propio AG subraya que no se puede hablar de un acontecimiento imprevisible futuro ya que en enero no se sabe siquiera los alumnos matriculados para el curso siguiente, y ahonda sobre un concepto interesante: la **imprevisibilidad como parámetro objetivo**.

Ese mismo razonamiento, es decir, que se trata de un hecho conocido previamente, es la base del caso de las barreras antialudes¹⁰⁵⁸. En él, se rechaza que pueda justificarse como circunstancia imprevisible el aumento de un riesgo que ya era conocido. Además en dicho asunto se debate acerca de la naturaleza del concepto de “circunstancias imprevisibles”. Como señala FERNÁNDEZ MARTÍN, la Comisión mantiene que dicho concepto es intrínsecamente dinámico y sólo puede referirse a eventos que ya hayan tenido lugar o que sean inminentes, mientras que el Gobierno Italiano considera que es suficiente con que exista un riesgo probable de que ello ocurra¹⁰⁵⁹. De nuevo el Tribunal en su sentencia se limita a poner de manifiesto que se podía haber recurrido a otros procedimientos.

Otro caso en el que se aborda la diligencia de la entidad adjudicadora ante la imprevisibilidad en supuestos que ya eran conocidos es el asunto *Comisión c. Italia* de 2004, en el que el Tribunal recoge los razonamientos de la Abogada General¹⁰⁶⁰. En la construcción de un

¹⁰⁵⁵ Directiva 88/295/CEE del Consejo de 22 de marzo de 1988 por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE. En su artículo 6.4.d añade: “En ningún caso podrán ser imputables a los poderes adjudicadores las circunstancias invocadas para justificar extrema urgencia”.

¹⁰⁵⁶ Sentencia de 18.03.1992, caso C-24/91 *Comisión c. España* [1992], ECR I-1989.

¹⁰⁵⁷ Sentencia de 18.03.1992, caso C-24/91 *Comisión c. España* [1992], ECR I-1989, Conclusiones AG p. 29

¹⁰⁵⁸ En este sentido también se pronuncia el AG en Sentencia de 02.08.1993, caso C-107/92 *Comisión c. Italia* [1993], ECR I-04655, p. 13.

¹⁰⁵⁹ J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, “Criteria for the use of the negotiated procedure under the E.C. Works Directive: a note on Case C-107/92”, *Public Procurement Law Review*, 1, 1994.p, CS18.

¹⁰⁶⁰ Sentencia de 14.09.2004, caso C-385/02 *Comisión c. Italia* [2004], ECR I-08121.

dique de contención contra crecidas, el Gobierno italiano se limitó a alegar que la adjudicación de los contratos de obras era urgente para hacer frente al supuesto aumento del riesgo de inundaciones causado por las obras ya realizadas. Ahora bien, como dice la Abogada General KOKOTT “no se tiene conocimiento de ningún indicio de que las autoridades competentes no hubieran podido **anticipar este eventual aumento del riesgo de inundaciones**, toda vez que ya en sus planes originales estaba previsto ejecutar las medidas de protección contra las crecidas en varias fases. Por tanto, no se cumplen los requisitos”¹⁰⁶¹.

Otros casos en los que se dan circunstancias que la entidad adjudicadora ya debía conocer son los recientes asuntos de *España c. Comisión* por razón de los Fondos de Cohesión y el AVE¹⁰⁶². En éstos, el Reino de España justifica la introducción de modificaciones a los distintos proyectos originales en base a varias circunstancias: la superación de umbrales de ruido, la alteración de los instrumentos urbanísticos y el incremento de los niveles de contaminación y diferentes condiciones geotécnicas del terreno.

El Reino de España considera que el crecimiento de la población fue del todo imprevisible, lo cual supuso que, en aras de reducir el efecto de la contaminación acústica los Ayuntamientos afectados solicitasen la construcción de determinados túneles. Sin embargo, el Tribunal no acepta esa razón como un hecho imprevisible por tres razones. En primer lugar, porque una entidad diligente debía prever el crecimiento demográfico¹⁰⁶³. En segundo lugar, porque niega la existencia de un crecimiento excepcional ya que, según gráficos demográficos, “el crecimiento demográfico de dicha zona ha sido constante”¹⁰⁶⁴. Incluso, en el momento de realizar el proyecto ya existía “la posibilidad concreta de un avance de las zonas urbanizadas hasta la traza de la vía férrea”¹⁰⁶⁵. En tercer lugar, un argumento interesante que podría ser aplicado a otros grandes proyectos desactivando así una de las justificaciones más recurrentes en la modificación de los contratos. Por su potencial trascendencia se recoge en su totalidad:

¹⁰⁶¹ Sentencia de 14.09.2004, caso C-385/02 *Comisión c. Italia* [2004], ECR I-08121, AG KOKOTT, p. 32.

¹⁰⁶² Sentencia de 31.01.2013, caso T-540/10 *España c. Comisión* [2013], y Sentencia de 31.01.2013, caso T-235/11 *España c. Comisión* [2013],

¹⁰⁶³ Sentencia de 31.01.2013, caso T-540/10 *España c. Comisión* [2013], p. 81

¹⁰⁶⁴ Sentencia de 31.01.2013, caso T-540/10 *España c. Comisión* [2013], p. 82

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*

83. En tercer lugar, cabe considerar que las obras de construcción de infraestructuras complejas, como las vías férreas, se prolongan en principio durante varios años. De ello se desprende que una **entidad adjudicadora normalmente diligente debe tener en cuenta de modo razonable la posible evolución de las condiciones socioeconómicas y demográficas** de las zonas afectadas, al menos durante la realización de tales infraestructuras.¹⁰⁶⁶

Respecto a la modificación del PGOU, interesa señalar que el Tribunal no permite argumentar cuestiones de Derecho interno (como la distribución competencial en materia urbanística)¹⁰⁶⁷. La diligencia de la entidad adjudicadora incluía “obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados”¹⁰⁶⁸, algo que en este caso no ocurre. El Tribunal expresamente *reprocha* “no haber presentado ninguna prueba de la existencia de contacto alguno previo entre la entidad adjudicadora y el municipio afectado antes de dicha licitación”¹⁰⁶⁹. Podríamos deducir, sensu contrario, que mantener contactos para tratar de llegar a acuerdos sobre las obras sería prueba suficiente para acreditar la diligencia oportuna.

Respecto al “desconocimiento de los niveles de contaminación del terreno, de los cambios en la tipología de cimentaciones y estructuras, de las diferencias en las condiciones geotécnicas en túneles y estructuras y de las diferencias en las condiciones de dureza del suelo”, el Tribunal vuelve a ser coherente aplicando los criterios de su doctrina. España aporta dos informes técnicos que el Tribunal no tiene en cuenta ya que “las observaciones contenidas en la nota de 9 de marzo de 2010 y en el informe pericial son genéricas, no están vinculadas al caso concreto y no permiten demostrar que existieran realmente en el caso de autos circunstancias imprevistas que justificaran la excepción”¹⁰⁷⁰. También hay que subrayar que el Tribunal considera que **las omisiones y errores de mediciones no son circunstancias imprevistas** según las Directivas¹⁰⁷¹. Todavía hoy, el nuevo artículo 72

¹⁰⁶⁶ Sentencia de 31.01.2013, caso T-540/10 *España c. Comisión* [2013], No publicado, p. 83; esta afirmación va en línea con Sentencia de 28.03.1996, caso C-318/94 *Comisión c. Alemania* (asunto Ems) [1996], ECR I-01949, AG ELMER p.22 cuando señala que la entidad adjudicadora debe tener en cuenta diferentes factores cuando planifica y lleva a cabo un proyecto de esas dimensiones.

¹⁰⁶⁷ Sentencia de 31.01.2013, caso T-540/10 *España c. Comisión* [2013], No publicado, p. 89 “(...) el Reino de España no puede fundarse en el hecho de que, en Derecho español, la aprobación del PGOU sea competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios y que los proyectos de infraestructuras ferroviarias deban tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea para justificar el incumplimiento del artículo 20 de la Directiva 93/38”.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 90

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 93

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 101

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 109

tampoco las recoge como supuestos expresamente previsto por lo que deberán pasar el test de imprevisibilidad como cualquier otra circunstancia.

Un segundo bloque de casos es aquel que se refiere a circunstancias imprevisibles que debieron preverse, en concreto, a las provocadas por las decisiones de otras autoridades competentes. En el asunto *Ems*¹⁰⁷² se plantea si puede ser considerado como acontecimiento imprevisible el que una autoridad competente niegue su aprobación a un proyecto en el seno de un procedimiento administrativo. Se trata del proyecto de dragado del Bajo Ems (Alemania). Dicho proyecto es paralizado por el Gobierno de la región debido a posibles daños ecológicos, admitiéndose sólo las obras en una pequeña porción. El poder adjudicador decide acudir al procedimiento negociado sin publicidad al considerar que la **paralización del proyecto por parte de la autoridad competente** es una circunstancia imprevisible que ha provocado una situación de urgencia. Ahora bien, el Tribunal considera que “El hecho de que, antes de la fecha límite prevista a tal fin, una entidad que debe dar su aprobación a un proyecto formule objeciones por razones que tiene derecho a alegar constituye, por tanto, un elemento previsible en el desarrollo del procedimiento miento de aprobación de los planes”¹⁰⁷³.

Un caso similar es el de *Comisión c. Grecia* de 2005¹⁰⁷⁴ en el que el Tribunal niega que sea una circunstancia imprevista el que una autoridad competente imponga ciertos plazos para evaluar las repercusiones medioambientales del proyecto. Así, afirma que “El hecho de que una autoridad que debe dar su aprobación al citado proyecto pueda imponer plazos constituye un elemento previsible del procedimiento de aprobación del referido proyecto”¹⁰⁷⁵. El Abogado General JACOBS afirma que “toda entidad adjudicadora que actúe con una **diligencia normal debe ser consciente de los procedimientos de autorización obligatorios, medioambientales u otros, que debe respetar**, con arreglo a las normas nacionales aplicables, cuando proyecta la adjudicación de contratos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública”¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷² Sentencia de 28.03.1996, caso C-318/94 *Comisión c. Alemania* (asunto Ems) [1996], ECR I-01949

¹⁰⁷³ Sentencia de 28.03.1996, caso C-318/94 *Comisión c. Alemania* (asunto Ems) [1996], ECR I-01949, p. 18

¹⁰⁷⁴ Sentencia de 02.06.2005, caso C-394/02 *Comisión c. Grecia* [2005], ECR I-04713.

¹⁰⁷⁵ Sentencia de 02.06.2005, caso C-394/02 *Comisión c. Grecia* [2005], ECR I-04713, p. 42 y 43

¹⁰⁷⁶ Sentencia de 02.06.2005, caso C-394/02 *Comisión c. Grecia* [2005], ECR I-04713, Conclusiones del Abogado General JACOBS p. 48

En definitiva, en los casos en que la imprevisibilidad emana del procedimiento de aprobación del proyecto lo que subyace es que el Estado Miembro (y antes la entidad adjudicadora) está alegando circunstancias de carácter interno que, según la jurisprudencia del Tribunal, no pueden justificar el incumplimiento de obligaciones y plazos fijados en la Directiva¹⁰⁷⁷.

Volviendo a la modificación del contrato, este supuesto tiene como límite no poder alterar la naturaleza global del contrato, no tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva, ni superar el 50%, que de nuevo se mide de manera individual en cada cambio.

Además, como ocurría en el anterior caso, es necesario publicar un anuncio de la modificación en el DOUE.

Artículo 72.1.d) Las modificaciones subjetivas

d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

- i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),
- ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien
- iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;

El artículo 72.1.d) trata las modificaciones subjetivas del contrato, que como hemos señalado al comienzo de este trabajo se sitúan fuera del alcance objetivo de esta Tesis Doctoral. Únicamente señalar que la regla general es la de inmutabilidad subjetiva que tan sólo puede excepcionarse si se dan alguna de las condiciones anteriormente descritas.

Artículo 72.1.e) y 72.4 Las modificaciones sustanciales

e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4.

¹⁰⁷⁷ Sentencia de 17 de septiembre de 1998, caso C-323/96 *Comisión c. Bélgica* [1998], ECR I-05063, p. 42, donde se cita jurisprudencia al respecto.

El artículo 72.1.e) comienza desligando la calificación como “modificación sustancial” del valor económica de ésta (“con independencia de su valor” dice el 72.1.e). Por tanto, para saber qué es una modificación sustancial se deberá acudir al artículo 72.4, que comienza así:

72.4 Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: (...)

Así pues, el apartado 4 define como sustancial aquella modificación cuyo resultado sea un contrato “de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio”. Esa es la regla general. Ahora bien, a la hora de debatir qué es y qué no es sustancial, las normas nacionales parten de un mínimo que deben incorporar a su legislación. Y ese mínimo no es otro que el test de *Presstext*.

En efecto, el artículo 72.4 recoge la doctrina sentada en el asunto *Presstext* acerca del concepto de “modificación sustancial”. Ahora bien, hay dos cambios que pueden tener una repercusión considerable. Primero es que se sustituye el “puede considerarse sustancial...” por el “se considerará sustancial...” lo cual reduce el margen de apreciación de las entidades adjudicadoras. Segundo, en la Directiva se ha añadido la posibilidad de considerar sustancial una modificación que de haber figurado en el procedimiento inicial “...habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;”. Un clásico ejemplo que entrará dentro de estos casos es el de las modificaciones que suponen una alteración en el procedimiento de adjudicación que debería haberse llevado a cabo. Por ejemplo, si el contrato original se valoró en una cuantía que no requería procedimiento abierto, entonces la modificación que aumente ese valor sí deberá ser considerada sustancial ya que de haberse tenido en cuenta hubiese permitido a otros contratistas tener noticia del procedimiento.

Por lo demás, el precepto recoge la doctrina *Presstext*, tanto sus ventajas como sus carencias, especialmente el hecho de estar repleta de conceptos jurídicos indeterminados que provocan que se trate de un triple test altamente especulativo¹⁰⁷⁸. Veamos de qué manera se ha codificado el antecitado triple test de *Presstext*:

¹⁰⁷⁸ K. HARTLEV AND M. W. LILJENBØL, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, 2 *PPLR*, (2013).p. 55.

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

En primer lugar se ha codificado el llamado “test de licitación”. Parte de este primer test ya se recogió en el *asunto Succhi di Frutta* en que, debido a un cambio en la modalidad de pago que no estaba previsto en las condiciones iniciales de la licitación, el TJUE señala:

116. Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, **si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.**

También en el *asunto Wall*, cuando el contratista altera durante la ejecución un elemento que le hizo ganar, en este caso uno de los subcontratistas. El AG se muestra tajante al respecto:

“68. A mi juicio, esta práctica, si bien la admite la entidad adjudicadora, infringe la obligación de transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. Al actuar de este modo, la entidad adjudicadora sustrae la oferta de FES, tal como queda modificada, de un examen serio y transparente de las diferentes candidaturas, lo cual puede deparar a la empresa una ventaja injustificada para obtener el contrato.
(...) ”

71. (...) su oferta inicial, tal como fue aceptada por la Stadt Frankfurt am Main, se revele como una oferta de fachada cuyo entramado global no perseguía otro fin que el consistente en que los competidores serios quedaran descartados para así obtener la concesión, pero con el propósito, que se manifestó inmediatamente, de ejecutarla en condiciones económicas y técnicas diferentes de las expuestas en la oferta y que fueron las únicas que quedaron sometidas a la competencia.”

El tercer inciso no había sido recogido anteriormente (“...*habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación...*”). Y será precisamente éste el que mayor repercusión práctica alcance por la mayor facilidad probatoria. Se exigirá, claro, aportar elementos objetivos de los que se deduzca la potencial voluntad de participación, lo cual es más sencillo que probar que el resultado de la licitación hubiese sido diferente. Por ejemplo, se podrán aportar comunicaciones con la entidad contratante mostrando interés en cierto contrato, o su participación en contratos similares.

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

Como señala el Tribunal en el asunto Presstext, un ajuste automático derivado de circunstancias externas no constituirá un cambio material (en ese caso, la conversión de divisa nacional)¹⁰⁷⁹. Tampoco lo será si quién se ve beneficiado es el ente adjudicador. Esto encuentra su justificación en que lo que se pretende con estas normas es que la modificación no falsee el resultado de la adjudicación¹⁰⁸⁰.

Será interesante ver la manera en la que encaja este precepto con la modificación derivada del equilibrio económico del contrato. En un principio, si el equilibrio es adecuado no debería haber ningún problema. Sin embargo, habrá que ver si determinadas medidas que sirven para compensar desequilibrios superan este “test de equilibrio”.

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

Por último se lleva a cabo el “test del objeto contractual”. Hay que decir que la ampliación del contrato “de forma importante no deja de ser un concepto jurídico indeterminado. Por consiguiente, parecen claro los extremos: una modificación del contrato del 100 por ciento del valor de adjudicación será vista a todas luces como un nuevo contrato y, por tanto, existirá el deber de licitar; asimismo, una modificación del 2 por ciento, difícilmente tendrá la entidad suficiente para ser considerada como “de gran medida”. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la variación no es tan clara? El caso *Comisión contra Alemania* por el servicio alemán de ambulancias se ocupa precisamente de esa cuestión¹⁰⁸¹. Se trata de una ampliación de un contrato para cubrir un nuevo puesto de socorro. Aquí se plantean dos formas de medir la variación. Por un lado, la Sala toma como referencia los umbrales de las Directivas. Tras citar la doctrina de la modificación sustancial contenida en Presstext, considera que la explotación del nuevo puesto de socorro tiene un valor de más de 673.000 euros, lo cual es “muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y

¹⁰⁷⁹ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351, p. 57.

¹⁰⁸⁰ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others [2008], ECLI:EU:C:2008:351, p. 85 y 86: “Además, por un lado, el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.”; “Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales.

¹⁰⁸¹ Sentencia de 29.04.2010, caso C-160/08 Commission v Germany [2010], ECR I-3713; el asunto es interesante en tanto que supone una acción de incumplimiento elevada por la Comisión ante la práctica común de Alemania en la adjudicación de sus servicios de ambulancias sin publicidad alguna. En uno de los puntos se debate acerca de la ampliación de un contrato.

2004/18”¹⁰⁸². Por otro lado, la Abogada General Trstenjak llega a la misma conclusión, que se trata de modificaciones esenciales que requerían nueva adjudicación, pero lo hace utilizando como parámetro de comparación el valor del contrato original. Así, la modificación supone “una ampliación de la zona de prestación de los servicios de aproximadamente el 25 por ciento y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15 por ciento”¹⁰⁸³. Ambos han sido recogidos en las Directivas de 2014 como límites objetivos para saber cuándo la modificación debe ser considerada un nuevo contrato.

El Tribunal también hace referencia a la magnitud de las alteraciones la Sentencia en el caso *Comisión c. Francia* (C-337/98)¹⁰⁸⁴ como medida para discernir si existe un nuevo contrato o no. En ese caso, el contratista propone la utilización de un material distinto. La Sala entiende que no hay un nuevo contrato en tanto que tan sólo hay 2 cm de anchura de diferencia, lo cual es “insignificante”¹⁰⁸⁵. Asimismo afirma que “no cabe excluir que, en un procedimiento negociado que, por su propia naturaleza, puede abarcar un amplio período de tiempo, las partes tengan en cuenta las nuevas evoluciones tecnológicas producidas durante el desarrollo de las negociaciones, sin que en cada ocasión haya que considerar este hecho como una nueva negociación de los aspectos esenciales del contrato que justifique la aplicación de las nuevas normas jurídicas”¹⁰⁸⁶.

Artículo 72.2 Las modificaciones menores

72. 2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

- i) los umbrales indicados en el artículo 4, y

¹⁰⁸² Sentencia de 29.04.2010, caso C-160/08 *Commission v Germany* [2010], ECR I-3713; Considerando 100.

¹⁰⁸³ Sentencia de 29.04.2010, caso C-160/08 *Commission v Germany* [2010], ECR I-3713, Conclusiones de la AG emitidas el 11 de febrero de 2010, Considerando 135.

¹⁰⁸⁴ Sentencia de 05.10.2000, caso C-337/98 *Commission v. France* [2000], ECR I-08377; en este caso se trata de la negociación de los términos de un contrato durante un procedimiento de adjudicación. La Comisión entiende que al retomar las negociaciones y cambiar ciertos aspectos se está ante un nuevo contrato. El Tribunal falla en contra, negando la existencia de un nuevo contrato dado que las modificaciones introducidas no son sustanciales.

¹⁰⁸⁵ Sentencia de 05.10.2000, caso C-337/98 *Commission v. France* [2000], ECR I-08377, Considerando 51.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras¹⁰⁸⁷.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

72. 3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

El artículo 72.2 recoge las modificaciones menores o *de minimis*. El considerando 107, en su segundo párrafo afirma que “en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación”.

El artículo desactiva la aplicación del 72.4, esto es, de la sustancialidad o no de la modificación. Tan sólo debe atenderse a los límites que el propio precepto fija. Estos límites son de carácter económico, como los umbrales de las Directivas y los porcentajes fijados en el precepto¹⁰⁸⁸ y de carácter no económico, esto es, que no se altere la naturaleza global del contrato, v.g pensemos en un contrato de suministro que cambia el tipo de bolígrafo a uno menos sofisticado en el que hubiese habido mayor competencia.

Esta objetivización de modificaciones a través de porcentajes no es ajena a la doctrina del TJUE, donde el incremento del 15% del valor y del 25% del área territorial del contrato se consideran sustanciales¹⁰⁸⁹.

La compleja relación entre los distintos apartados

¹⁰⁸⁷ En la versión inicial de la Comisión el porcentaje para todo tipo de contratos fue del 5%, pero se aumentó ya que se consideró que con un porcentaje tan bajo todos los modificados lo superarían. EU Parliament, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, 12 Julio 2012, IMCO_AM(2012)492869.

¹⁰⁸⁸ Los Estados Miembros podrán adoptar un régimen más rígido. En España, tras las modificaciones introducidas por la LES el umbral quedó en un 10%, lo cual hace que en el caso de las obras nos encontremos ante un tratamiento más estricto.

¹⁰⁸⁹ En el asunto *Comisión c. Alemania*, que acabamos de comentar, el Abogado General TRSTENJAK ya apuntó el posible uso de porcentajes para medir si una modificación es sustancial o no. Se trataba de unos contratos de ambulancia y transporte urgente de pacientes que se amplían a una nueva zona de la ciudad. Esta expansión supone un aumento de 670.000 euros, lo cual era un incremento del 15% del valor, a la vez que la nueva área suponía un incremento del 25% del alcance. Por ambas razones debía ser considerado sustancial.

El artículo 72, al tratar de abarcar un amplio número de supuestos, acaba resultando algo complejo, sobre todo en lo que respecta a la relación de unos apartados y otros.

En primer lugar, el artículo 72.1 señala que se podrá llevar a cabo la modificación bajo “cualquiera” de los supuestos que en él se recogen. El problema radica en que, después de fijar una serie de supuestos tasados, letras a) a d), el artículo 72.1.e) afirma que se podrán llevar a cabo toda modificación que no sea sustancial. Por tanto, eventualmente podría desactivar la aplicación de los demás supuestos. Es decir, que aunque la modificación no pueda ser considerada dentro de los supuestos a)-d), podría ser no sustancial (72.1.e). Por ejemplo, una modificación que no se pudiese incardinar en los supuestos a)-d), pero que no fuese sustancial por no impactar en la licitación, alterar el equilibrio o ampliar el contrato. Y podría también ocurrir lo contrario, que una modificación sustancial pueda ser llevada a cabo si se puede enmarcar en alguno de los supuestos a)-d). Es decir, que una modificación basada en alguno de los supuestos a)-d) debe exclusivamente fijarse en los límites que incorpora y no en el test de sustancialidad del apartado e).

Por otra parte, tampoco está clara la relación existente entre el primer apartado (72.1), el segundo (72.2) y el cuarto (72.4). El 72.1.e) lleva a cabo una remisión normativa al artículo 72.4 a la hora de definir el concepto de modificación sustancial. Por su parte, el 72.2 expresamente señala que si la modificación cae en su esfera de aplicación (modificaciones menores), se podrá llevar a cabo sin comprobar si aplica el 72.4 (modificaciones sustanciales-Pressetext). En ese sentido hubiese simplificado algo la norma introducir el artículo 72.2 dentro del 72.1 ya que en realidad estamos ante otro supuesto que no requiere comprobar el 72.4.

De lo dicho hasta ahora, se infiere que el artículo 72.4 queda sólo como un supuesto al que acudir cuando no ha sido posible justificar la modificación en base a los demás supuestos. Así, una modificación menor que no altere la naturaleza del contrato original no requiere mayor análisis. Si supera los límites porcentuales y monetarios fijados habrá que comprobar si se aplica alguno de los supuestos del artículo 72.1. Primero, habrá que comprobar si puede ser incardinado en los supuestos a)-d). Si ello no es posible todavía podría justificarse la modificación si se logra argumentar con éxito que no se trata de una modificación sustancial según el apartado e). Si tampoco fuese posible, habrá que licitar.

Lo cierto es que será muy complicado demostrar que una modificación que supera los límites del 71.1.a)-d) y del 71.2 no ha superado los del 71.1e), esto es, que no es sustancial. Al respecto señala DOMÍNGUEZ OLIVERA que los párrafos 72.1 y 72.2 contienen una serie de límites indeterminados (no alterar la naturaleza global del contrato, o no distorsionar licitación, etc) que, en la práctica, convierten a una modificación que los sobrepase en una modificación sustancial¹⁰⁹⁰.

En definitiva, de todo lo anterior sólo puede concluirse que la Directiva deja un amplio margen para llevar a cabo modificaciones sustanciales cuando ello está justificado¹⁰⁹¹.

Cláusulas eliminadas durante el procedimiento legislativo

Es necesario dejar constancia de dos supuestos que incluía la propuesta de la Comisión, pero que fueron eliminados a lo largo del procedimiento legislativo. Se trataba de la prohibición expresa de modificar el contrato bajo dos supuestos:

(a) cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales;

(b) cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista.

A través del primero se pretendía evitar la práctica común consistente en no ejecutar cláusulas contractuales, típicamente las cláusulas de penalización ante incumplimientos. Es decir, que cuando éstas existiesen no debía acudir a la modificación para evitar su aplicación. Este precepto fue criticado por TREUMER, autor que entendía que de esta manera se limitaba el poder de las partes de alcanzar acuerdos para resolver controversias¹⁰⁹².

Ahora bien, al haber desaparecido de la Directiva no está claro si las partes pueden utilizar la modificación contractual como medio para resolver controversias. Habrá que ver la postura del TJUE, que puede no tardar en llegar ya que existe una cuestión prejudicial pendiente planteada por el Højesteret (Dinamarca) de 2 de diciembre de 2014 al respecto. Se trata del asunto C-549/14 *Finn Frogne A/S / Rigspolitiet ved Center for*

¹⁰⁹⁰ R. DOMÍNGUEZ OLIVERA, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, cit., p. 38 y 39.

¹⁰⁹¹ En este sentido también J. BRODEC; V. JANECEK, “How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?”, *Public Procurement Law Review*, vol. 24, 3, 2015.

¹⁰⁹² S. TREUMER, “Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011”, cit., p. 160.

Beredskabskommunikation.

El segundo de los apartados se refiere a la alteración en la distribución de riesgos que originalmente se fijó en el contrato (“...compensar riesgos...”).

Ambos supuestos podrían considerarse ahora implícitos en el test de licitación y el test de equilibrio ya que estas modificaciones impactan de lleno en la línea económico-financiera fijada en el contrato inicial y en la licitación. Por ejemplo, si se permite compensar al contratista por riesgos que en el contrato original se comprometió a asumir ello afecta a la oferta que realizó y que a la postre le sirvió para ser el adjudicatario.

En todo caso es una lástima haber perdido la oportunidad de aclarar estos aspectos.

4.2.4. El sistema de tutela europeo ante modificaciones irregulares

La adopción por los Estados Miembros del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública es un buen ejemplo de como un Ordenamiento jurídico lucha por defender parcelas de regulación frente a otro, en este caso el Derecho europeo. Lo que comenzó siendo un pequeño conjunto de normas sobre adjudicación es hoy un auténtico sistema de contratación que ha comenzado ya, incluso, a regular con cierta intensidad la ejecución de contratos.

Uno de los aspectos que más problemas plantea en ese proceso de acoplamiento de normas supranacionales al Derecho interno es el que se refiere a la revisión de las decisiones en materia de contratación. El sistema de normas europeo pone a disposición de los interesados (principalmente licitadores, pero no sólo) un conjunto de recursos y remedios frente a la vulneración de las normas. Son las llamadas Directiva de recursos, aprobadas entre 1989 y 1992 y modificadas en 2007.

En lo que respecta a la modificación, tradicionalmente los riesgos de una reclamación por modificación contractual eran bajos ya que los potenciales interesados no tenían noticia de los cambios y, aunque lo tuvieran, era improbable que encontraran base legal a efectos de obtener una indemnización. Sin embargo, este panorama ha cambiado gracias a la introducción del remedio de ineficacia (en España transpuesto inicialmente como “cuestión

de nulidad”) y a la recepción en las Directivas de la doctrina del TJUE¹⁰⁹³. A continuación se examinan los mecanismos de tutela que tienen los interesados a su disposición.

En todo caso, respecto a los recursos se plantea si estos están disponibles en el caso de la modificación. La respuesta debe ser afirmativa si atendemos al artículo 1.1 de la Directiva de recursos: “(...) los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”.

Así, pues, cualquier decisión que infrinja las Directivas de contratación debe poder ser recurrida, con independencia de si se trata de una decisión en la fase de adjudicación o en la de ejecución. Por tanto, los Estados Miembros deben de poner a disposición de los interesados los recursos pertinentes. Algunas cuestiones ya abordadas por el Tribunal de Justicia respecto al sistema de tutela en la modificación son las siguientes:

Respecto a la decisión impugnada y la acción disponible

Desde un punto de vista objetivo, son dos las decisiones que pueden ser impugnadas. Por un lado, la decisión de modificar el contrato podrá ser discutida por un tercero ajeno a la relación contractual, ya se trate de un operador apartado del procedimiento original o de un interesado en un potencial procedimiento que no se produce precisamente por las modificaciones. Por otro, el contratista podrá impugnar la decisión de poner fin al contrato debido a la imposibilidad legal de modificarlo, entendiendo que hubiese sido posible modificarlo de manera legal y defendiendo que produce una auténtica resolución unilateral sin justificación alguna.

Dado que hasta 2014 no existía regulación europea en materia de modificación, ésta se examinaba como si se tratase de un nuevo contrato que debía ser adjudicado siguiendo la Directiva. De no ser así se trataba como una adjudicación directa ilegal, que era considerada como la infracción más grave del ordenamiento. Precisamente, la Directiva 2007/66 trajo

¹⁰⁹³ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., 3 ed., p. 579.

una importante novedad para combatir estas infracciones: la llamada declaración de ineficacia (“ineffectiveness” en inglés). La Directiva habla de ineficacia entendiendo por tal que “el contrato no produzca efectos”, esto es, “que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución”. Si hasta ahora las Directivas de recurso no establecían consecuencias a los incumplimientos, más allá de la compensación por daños y perjuicios, tras la reforma de 2007 se introduce este potente instrumento de ineficacia contractual (artículo 2 quinquies de la Directiva 2007/66) , instrumento de carácter postcontractual que para algunos autores es una intrusión del Derecho europeo en el reino de la legislación de contratos nacional , que acaba con la figura del contrato como “vaca sagrada” del sistema .

Como señala la Directiva en sus considerandos, se trata de establecer “una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria” para evitar las adjudicaciones irregulares. Efectiva porque se considera la manera “más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir”. Disuasoria porque frustra el fin de la entidad de adjudicar el contrato sin observar los procedimientos fijados, además de imponerle sanciones alternativas cuando sea pertinente. Proporcionada porque no se trata de una declaración automática sino que debe someterse a determinadas excepciones como enseguida veremos. Desde luego que los Estados podrán ampliarlos, pero como mínimo deben contemplar la consecuencia de la ineficacia para los supuestos que considera infracciones más graves de la Directiva de contratación (contratación directa) y de la propia Directiva de recursos (no observancia de plazo suspensivo y de la suspensión automática).

La Directiva, como manifestación del principio de proporcionalidad, acompaña tan poderoso mecanismo de algunos elementos que sirven para contrarrestar sus posibles efectos sobre la actividad pública.

En primer lugar, aunque la Directiva impone la declaración de ineficacia en los antecitados supuestos, remite al Derecho interno la fijación de sus consecuencias jurídicas. Así, la Directiva otorga libertad a los Estados Miembros para establecer si la ineficacia tendrá efectos *ex nunc*, esto es, desde el presente hacia el futuro, o *ex tunc*, desde el primer momento hacia el presente, lo cual conlleva anular las obligaciones con efectos retroactivos. Ahora bien, en caso de optar por una ineficacia *ex nunc*, la Directiva impone el establecimiento de

sanciones complementarias que consistirán (y aquí parece que no hay más opciones) en la imposición de multas al poder adjudicador y la reducción de la duración del contrato, con la intensidad que aprecie el órgano de recurso.

En segundo lugar, existe la posibilidad de mantener los efectos del contrato en determinados supuestos. Los Estados pueden prever supuestos en que el órgano de recurso no pueda declarar la ineficacia del contrato, manteniendo así los efectos del contrato. Esta opción debe considerarse excepcional y por ello se limita a situaciones en las que concurran “razones imperiosas de interés general”, un concepto de Derecho europeo que como tal debe ser interpretado. Para ayudar a dicha interpretación el propio texto recoge varias consideraciones sobre cuándo se pueden esgrimir tales razones. En estos casos, el órgano de recurso debe establecer las sanciones alternativas fijadas en el artículo 2.6 del texto, que como en el caso de las sanciones complementarias serán multas coercitivas y reducción del contrato.

En tercer lugar, en el caso de adjudicación directa se entiende que no es de aplicación la ineficacia si el ente adjudicador publica lo que se ha denominado “anuncio de transparencia previa voluntaria” (ATPV, en adelante). El ATPV consiste en un anuncio en el que el ente adjudicador expone los motivos que le llevaron a considerar su actuación acorde a las Directivas. El uso de este tipo de mecanismo en Europa se ha mantenido siempre en torno al cinco por ciento de los contratos adjudicados.

Ahora bien, hay que plantearse si este mecanismo sigue siendo vigente en el caso de la modificación del contrato tras la aprobación de la Directiva de 2014. El ATPV o VEAT por sus siglas en inglés sólo es aplicable a la modificación irregular si entendemos ésta como una adjudicación ilegal. Si, en cambio, consideramos que no hay nueva adjudicación sino infracción de las normas del artículo 72, entonces este mecanismo no podrá ser utilizado.

En cuarto lugar, la proporcionalidad se observa en el equilibrio que se traza entre legalidad y seguridad jurídica, obligando a los Estados Miembros a establecer unos plazos mínimos de prescripción de las acciones de ineficacia. Así, el plazo para no poder interponer el recurso será de i) treinta días desde que se haya publicado el ATPV; ii) treinta días desde que se haya notificado la formalización del contrato a los licitadores y candidatos afectados; iii) y como cláusula de cierre, se produce la prescripción de la acción a los seis meses de la formalización del contrato (el llamado “cut-off period”).

En definitiva, se observa como la Directiva 2007/66 a través del mecanismo de ineficacia da un paso más en el campo de la tutela judicial en materia de contratación, avanzando lentamente hacia una armonización más intensa de sus previsiones¹⁰⁹⁴.

Ahora, con la entrada en vigor de las reglas sobre modificación se podrá actuar directamente bajo los parámetros de legalidad recogidos en el artículo 72. Y, además, ya no será necesario acudir al remedio de ineficacia –más restrictivo–, sino que el recurso especial dará soporte suficiente para poner en marcha la acción contra la decisión de modificación. Además, en algunos casos, es más sencillo saber que se produce la modificación gracias a la publicidad de ésta.

Ahora bien, ¿debe aplicarse la nulidad a la modificación o a todo el contrato? Una aproximación acorde al principio de continuidad del contrato optaría por salvar éste y sólo invalidar aquella parte que fuera contraria al ordenamiento, en este caso la modificación. Asimismo, esta posición también parece más proporcionada: se castiga con la nulidad sólo aquello que se produce fuera de los límites legales, manteniendo en la órbita del Derecho lo que legalmente se acordó. Y también es menos gravosa en la medida en que evita tener que volver a licitar y compensar a los licitadores y al contratista.

En todo caso las Directivas de recursos no se han adaptado al nuevo panorama, por lo que habrá que tratar de aplicar analógicamente los remedios que allí se contienen, centrados en la decisión de adjudicación, y aplicarlos a la decisión de modificación. Ahora bien, en la práctica puede ocurrir que se siga acudiendo al binomio modificación sustancial-adjudicación irregular hasta que una nueva Directiva de recursos vea la luz.

Respecto a la decisión de poner fin a la relación contractual, ésta se ha configurado como una decisión *ex lege* y, por tanto, el recurso del contratista se moverá en términos de responsabilidades e indemnización de daños y perjuicios. Si es capaz de demostrar que no había necesidad de poner fin al contrato, por ejemplo demostrando que existían posibles modificaciones legales, estaremos en el ámbito de la resolución unilateral. Analizaremos

¹⁰⁹⁴ Un repaso a dicho mecanismo y su transposición en España en X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del Derecho Europeo y refundación de un mecanismo infrutilizado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 172, julio-septiembre, 2015.

todos estos extremos más adelante.

Respecto a la legitimación para recurrir la modificación de un contrato

La primer cuestión que debe abordar todo régimen al diseñar su marco regulatorio en materia de contratación es la de establecer quiénes tienen legitimación para poder impugnar la modificación de un contrato.

En el asunto *Succhi di Frutta* quien plantea la acción es uno de los licitadores que no resulta adjudicatario. Precisamente la Comisión alega que “la demandante no está directa e individualmente afectada” por la modificación. Sin embargo, en un razonamiento muy interesante el Abogado General considera que aunque la demandante no fuese el destinatario de la decisión, la “decisión le atañe en razón de determinadas cualidades que le son propias o de una situación de hecho que le caracteriza frente a cualquier otra persona y que, por ello, la individualiza de manera análoga a la del destinatario”¹⁰⁹⁵. El TJUE adopta esta postura considerando a *Succhi* como afectada por la decisión adoptada. De no ser así “las infracciones del Derecho cometidas por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, no podrían ser sancionadas si no afectaran a la situación del adjudicatario o de los adjudicatarios”¹⁰⁹⁶.

El TJUE entiende que impedir al licitador impugnar la decisión iría contra el Tratado en la medida en que éste garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado y “también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad”¹⁰⁹⁷.

En el *asunto Wall* el demandante es uno de los licitadores apartados, por lo que no se plantean discusiones sobre su legitimación.

¹⁰⁹⁵ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c, CAS *Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236 . Opinión del Abogado General (p. 37-38).

¹⁰⁹⁶ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c, CAS *Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236 (p. 62).

¹⁰⁹⁷ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 P Comisión c, CAS *Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236 (p. 63).

En *Idrodinamica* se discute si el tercer clasificado en la licitación tiene legitimación activa para interponer recurso ante una modificación sustancial –en este caso modificación subjetiva por cambio en la composición de la UTE. Pues bien, el TJUE entiende que como la actora pretende la exclusión del primer y el segundo clasificado, la estimación de estas pretensiones “aumentarían significativamente las posibilidades de que se adjudicara a Idrodinamica el contrato objeto del litigio principal. De ese modo, puede considerarse fundadamente que Idrodinamica es una persona «que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta violación», en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13”¹⁰⁹⁸.

En todos los casos anteriores, la parte actora tenía cierto grado de conexión con el contrato modificado. Sin embargo, cuando dicha conexión no existe la cuestión se complica. Por ejemplo, de *Succhi* podríamos deducir que otros proveedores del mercado (y por tanto potenciales licitadores) tendrían difícil ver reconocida su legitimación activa. Así, en el considerando 59 señala que “es indudable que los operadores económicos del sector controvertido que no participaron en la licitación no resultan individualmente afectados por tal Decisión, dado que sólo pueden ser considerados en su condición objetiva de empresas productoras”. E incluso se observa que a otro productor que no fue licitador el TPI “no le reconoció interés para intervenir en apoyo de las pretensiones de *Succhi di Frutta*”¹⁰⁹⁹.

Por el contrario, en *Pressetext* no se plantea problema alguno de legitimación, a pesar de tratarse de una empresa que no participó en la licitación sino que simplemente ofreció sus servicios al ente adjudicador sin que ello fructificara en un contrato de servicios. Según la actora, la modificación de los contratos ya existentes son *de facto* adjudicaciones ilegales.

También en el asunto A-6 Comisión contra Reino de España, el Estado Miembro pretende que se niegue el interés de aquéllos que denunciaron las modificaciones ante la Comisión ya que “las denuncias ante la Comisión no fueron presentadas por licitadores no seleccionados, ni por terceros real o potencialmente interesados en la adjudicación de la concesión controvertida, sino por personas y entidades que carecían de cualquier tipo de relación

¹⁰⁹⁸ Sentencia de 8 de mayo de 2014, caso C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA*. [8 de mayo de 2014], ECLI:EU:C:2014:307, p. 31.

¹⁰⁹⁹ Sentencia de 29.04.2004, caso C-496/99 *P Comisión c, CAS Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236 (p. 60).

profesional con la citada concesión. Estos denunciantes no tenían interés alguno en la aplicación correcta de las normas de concurrencia, sino que estaban guiados por otras motivaciones”¹¹⁰⁰. Sin embargo la Comisión cuando recibe una denuncia decide discrecionalmente si comienza el procedimiento de infracción, sin necesidad de demostrar interés legítimo alguno.

Sin embargo, con la nueva Directiva al obligar a tener en cuenta cuestiones como “que se hubiesen presentado otros” se debería incrementar el radio del interés legítimo a la hora de valorar la legitimación del recurrente.

Sobre el plazo para impugnar la modificación

Respecto a los plazos, la Directiva 89/665 de recursos no contenía ninguna norma específica. Sólo cuando se reformó a través de la Directiva 2007/66 es cuando introdujo plazos para los casos en que se pretenda la ineficacia del contrato. Entre esos casos estaba el de la adjudicación ilegal que, como hemos dicho, se podía equiparar a la modificación sustancial.

Pero hasta ese momento, la autonomía procesal de los Estados era prácticamente ilimitada, sólo acotada por el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

En *Pressetext* se planteó la cuestión siguiente: el demandante había plateado el recurso (2006) mucho tiempo después de la modificación (1999, 2000, 2001). Sin embargo, hasta 2006 Austria no disponía de recurso alguno para impugnar ese tipo de decisiones (adjudicaciones directas). Ello superaba con creces los seis meses de preclusión absoluta establecidos por el entonces recién creado recurso doméstico. Aunque el TJUE no entra a examinar la cuestión, el Abogado General entiende que “En general, el principio de efectividad exige que el plazo para presentar una solicitud de declaración con la que el solicitante se limite a preparar la demanda de daños y perjuicios no comience a computar hasta el momento en que el demandante haya tenido o haya debido tener conocimiento del perjuicio. Por el contrario, si lo que el solicitante pretende con su solicitud es obtener también la declaración de ineficacia del contrato celebrado por un adjudicador público, pueden establecerse plazos más estrictos que comiencen a computar al margen del conocimiento o

¹¹⁰⁰ Sentencia 22.04.2010, C-423/07 Comisión c. España (asunto A-6) [2010], ECLI:EU:C:2010:211, p. 48.

de la posibilidad de tener conocimiento de un hipotético perjuicio”¹¹⁰¹.

En el asunto *Idrodinamica*, que trata la impugnación de una modificación subjetiva, también se aborda el problema de los plazos. La actora interpone recurso con fecha de entrada de 17 de mayo de 2012 frente a una decisión de 28 de marzo de 2012 que autorizaba la modificación de la composición del grupo adjudicatario, frente al contrato celebrado el 17 de abril de 2012 y también frente a la adjudicación definitiva de 7 junio 2011. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente entiende que el plazo nacional de 30 días ha sido superado y por tanto debiera declararse inadmisibile. Pero, le entran dudas acerca de la aplicación de la doctrina sentada en el asunto *Uniplex* (C-406/08) según la cual “el objetivo de celeridad perseguido por las normas sobre el recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos no permite a los Estados miembros prescindir del principio de efectividad de la protección jurisdiccional, de acuerdo con el cual las normas de aplicación de los plazos de caducidad nacionales no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los interesados al amparo del Derecho de la Unión”.

El Tribunal recalca que tras la aprobación de la Directiva 2007/66, un licitador no adjudicatario puede solicitar información acerca de la adjudicación y los motivos que la fundamentan con cierto detalle. Sin embargo, como señala el Tribunal, “en el litigio principal, la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición del grupo adjudicatario se refiere a hechos que se produjeron tras la adjudicación del contrato y después del vencimiento del plazo de recurso de 30 días establecido por la normativa nacional. En consecuencia, ni la comunicación de la decisión de adjudicación del contrato y de los motivos relativos a dicha decisión ni la respuesta dada a una solicitud eventual del licitador a la entidad adjudicadora de información adicional permitían conocer tales hechos”¹¹⁰².

Por ello, el licitador apartado no tuvo la información suficiente como para interponer el recurso frente a la decisión. Sólo cuando tuvo acceso a ella es cuando comenzó a correr el plazo para recurrir aquélla. Y concluye:

“39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de

¹¹⁰¹ AG Kokott Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c Republik Österreich and others* [2008], ECLI:EU:C:2008:351, p. 167.

¹¹⁰² Sentencia de 8 de mayo de 2014, caso C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA*. [8 de mayo de 2014], ECLI:EU:C:2014:307, p. 36.

adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación” (...)

41. En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”¹¹⁰³.

Esta decisión del TJUE puede resultar enormemente importante en la práctica de la modificación contractual. El Tribunal señala que si la entidad adjudicadora modifica el contrato de manera tal que afecte a la licitación (que es precisamente la base de toda la regulación europea al respecto), deberá informar a licitador o de otra manera el plazo de interposición del recurso no precluye. Por tanto, mientras el licitador no tenga noticia de un cambio que puede afectar a la legalidad de la adjudicación, no corre el plazo.

Asimismo, aunque no trata específicamente sobre la modificación, hay que tener en cuenta la decisión del TJUE en el asunto *eVigilio* (C-538/13)¹¹⁰⁴. En este se establece que la directiva de recursos debe interpretarse en el sentido de que exige que tenga a un recurso relativo a la legalidad de la licitación, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, un licitador que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Como señala la propia sentencia “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones”.

En la misma línea que las anteriores recientemente el Tribunal ha fallado en el asunto

¹¹⁰³ Sentencia de 8 de mayo de 2014, caso C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA*. [8 de mayo de 2014], ECLI:EU:C:2014:307, p.39, 41.

¹¹⁰⁴ STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166.

MedEval C-166/14 en el que se trataba de nuevo sobre los plazos de recurso, en este caso sobre los seis meses para interponer una cuestión de ilegalidad y su relación con la petición de daños y perjuicios. La parte demandada entiende que no se debe admitir la acción de daños y perjuicios porque exige la declaración de nulidad, la cual a su vez empieza a correr desde la adjudicación ilegal. La parte actora sin embargo considera que debe correr desde que tuvo o pudo tener conocimiento. El Tribunal se posiciona del lado de la parte actora cuando afirma que,

41. Supeditar la admisibilidad de las demandas por daños y perjuicios a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se publicó previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración está sometida a un plazo de preclusión de seis meses, sin que se tenga en cuenta que la persona perjudicada haya tenido o no conocimiento de la existencia de un incumplimiento de una norma jurídica, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a presentar una demanda por daños y perjuicios

42. En efecto, cuando no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, tal plazo de seis meses podría impedir que la persona perjudicada obtenga la información necesaria para una eventual demanda, lo que obstaculiza la presentación de dicha demanda¹¹⁰⁵.

Por tanto, si aplicamos eso a la modificación de los contratos, debe entenderse que los interesados tienen conocimiento de la infracción de las normas y principios cuando la modificación sustancial se produce. Ello es especialmente importante para el caso de modificaciones previstas en el propio pliego. Habrá que analizar “el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente”. Por ejemplo, “debe tenerse en cuenta el hecho de que el licitador de que se trata y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador de que se trata, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador”¹¹⁰⁶.

Las medidas cautelares

La Directiva de recursos establece la suspensión automática del procedimiento de adjudicación como mecanismo de eficacia del recurso mismo. No ocurre lo mismo en los casos en que el contrato ya ha sido formalizado (el caso de la cuestión de nulidad).

¹¹⁰⁵ Sentencia de 26 de noviembre de 2015, caso C-166/14 MedEval — Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH [26 de noviembre de 2015], ECLI:EU:C:2015:779.

¹¹⁰⁶ STJUE de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, ECLI:EU:C:2015:166, p. 48 a 58.

Aunque las Directivas nada digan sobre las medidas cautelares en el caso de la modificación del contrato, lo cierto es que el TJUE se ha pronunciado sobre ellas. En el asunto *Succhi* la actora solicita la suspensión de la ejecución al entender ésta que de la ejecución se produciría “una distorsión grave de la competencia en el mercado de transformación industrial de melocotones” ya que la contratista recibiría esa fruta en pago de los suministros entregados lo cual le permitiría bajar el precio de los productos que realiza con ella. Sin embargo, según el juez encargado de escuchar la petición de medidas provisionales, no se ha demostrado la conexión entre la decisión impugnada y los precios supuestamente bajos. Asimismo, considera que al tratarse de perjuicios de orden pecuniario, siempre podrá ser objeto de reparación. Al no darse el requisito de la existencia de *periculum in mora* se desestiman las medidas cautelares.

En todo caso, parece perfectamente posible que se puedan solicitar medidas cautelares dado que son un instrumento que sirve para que el recurso alcance su eficacia. Es más, dado que ahora la modificación se publica en algunos supuestos, la cantidad de recursos aumentará y será previsible que con ello lo hagan las medidas cautelares. Éstas, claro, deberán satisfacer el doble test de *periculum in mora* y de *boni fumi iuri*.

Consecuencias de la declaración de la terminación del contrato

Las nuevas Directivas traen consigo también novedades respecto a las consecuencias de una modificación irregular. El TJUE sólo se había pronunciado al respecto en el asunto *Succhi di Frutta* la consecuencia de una modificación sustancial es la anulación de la decisión modificatoria de la Comisión. Sin embargo, al haber pasado tanto tiempo desde la modificación del contrato (1996) hasta la Sentencia (2004), la anulación sólo sirve de base jurídica para la reclamación de daños y perjuicios. En otros casos no se puede dar este tipo de pronunciamiento ya que en las cuestiones prejudiciales sólo se da respuesta al órgano nacional, y en los procedimientos de infracción sólo se declara el incumplimiento del país miembro.

En las Directivas el propio artículo 72.5 señala que:

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2.

Este precepto se completa con el artículo 73 sobre rescisión de contratos:

Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, al menos en las circunstancias que se indican a continuación y con arreglo a las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, cuando:

- a) el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72;
- b) (...)

Las Directivas simplemente obligan a los Estados Miembros a recoger en sus normas internas la posibilidad de que las entidades adjudicadoras puedan resolver el contrato. Lo que no queda claro es si las entidades están obligadas a hacerlo. Del considerando 112 puede deducirse que así es: “En algunas ocasiones los poderes adjudicadores se ven enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el Derecho nacional, de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, si así lo requiere el Derecho de la Unión.”.

Es decir, que el Derecho de la Unión (en este caso las normas sobre modificación) pueden obligar a que el contrato se resuelva.

Por tanto, en el caso de no poder continuar la ejecución del contrato sin llevar a cabo una modificación sustancial se deberá resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Ahora bien, se debe acudir para ello a los procedimientos fijados en las Directivas. En esos casos podríamos acudir al negociado si se justifica alguno de los supuestos allí recogidos. Si lo aplicamos a la modificación, el artículo 32 de la Directiva 2014/24 establece que el negociado sin publicidad podrá ser utilizado en caso de que

“32.2.b) cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones: i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única; ii) que no exista competencia por razones técnicas; iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial. Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación”;

“32.2.c) cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores.

Además de tener cuidado con los riesgos que ello conlleva a la hora de abrir la licitación a una competencia real y efectiva¹¹⁰⁷, también habrá que tener en cuentas las posibles acciones que el contratista podrá emprender pretendiendo una indemnización de daño emergente y el lucro cesante.

En particular, el resarcimiento por daños y perjuicios

El Derecho europeo de la contratación es sumamente respetuoso con el Derecho doméstico a la hora de regular la concesión de daños y perjuicios. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece que deben concederse cuando “los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización siempre que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido”¹¹⁰⁸. Demostrar estas tres condiciones en el ámbito de la modificación no será fácil. Sí lo es demostrar una violación del Derecho de la Unión (pasa por demostrar la modificación sustancial no permitida). No así el resto de las condiciones¹¹⁰⁹.

De la jurisprudencia europea no se puede extraer demasiada información. El Tribunal de Justicia se limita a declarar la infracción de los países en asuntos investigados por la Comisión o bien a responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos remitentes nacionales. Sólo en el asunto *Succhi di Frutta* se puede extraer alguna conclusión.

Recordemos que en el asunto *Succhi di Frutta* el TG primero, y TJ después anulan la decisión de modificación de un contrato de la Comisión. Pues bien, en base a esa anulación, la parte actora, *Succhi di Frutta*, reclama responsabilidad extracontractual de la Comisión¹¹¹⁰. *Succhi*

¹¹⁰⁷ En este sentido ver A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., ch. 6

¹¹⁰⁸ Sentencia de 9 de diciembre de 2010, caso C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie* y otros contra Provincie Drenthe [9 de diciembre de 2010], ECLI:EU:C:2010:751, p. 92.

¹¹⁰⁹ En este sentido también M. A. SIMOVART, “Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules”, *UrT*, vol. 1, 2015., p. 44-45.

¹¹¹⁰ Sentencia 30.04.2009, asunto C-497/06P, *CAS succhi di Frutta* contra Comisión [2009]

entiende que la decisión ilegal de modificación le otorgó ventajas a su competidora lo que le empujó a bajar los precios de venta por debajo de coste. Entiende que debido a la modificación la competidora había recibido una gran cantidad de melocotones por lo que pudo rebajar sus precios.

Por tanto, solicita que le sea satisfecho el montante de la diferencia entre esos costes y los precios de venta, así como un 15% en concepto de beneficios propios del sector. Sin embargo, el Tribunal desestima la acción en primera instancia ya que entiende que la actora no ha sido capaz de demostrar que en caso de no producirse la modificación ilegal la situación hubiese sido diferente. Es decir, que no se demuestra que el perjuicio es la consecuencia directa del acto ilegal. En apelación, el TJUE tampoco estima el recurso añadiendo que la bajada de precios es una decisión de la competidora y, por tanto, no es una acción directa de la Comisión¹¹¹¹.

ECLI:EU:C:2009:273.

¹¹¹¹ Sentencia 30.04.2009, asunto C-497/06P, CAS Succhi di Frutta contra Comisión [2009] ECLI:EU:C:2009:273 : 66.

PARTE II: EL MODELO ESPAÑOL DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Tras identificar distintos modelos regulatorios y ver cómo responden al reto de las modificaciones contractuales, es momento de hacer lo propio con el modelo español.

No nos vamos a limitar a describir el modelo tal y como está configurado actualmente, sino que se acudirá también a la rica tradición española en la materia para profundizar en nuestro estudio. La parte que ahora comienza se centra en la modificación de los contratos públicos y su regulación en los últimos doscientos años. Siendo coherentes con nuestro esquema de análisis, no sólo haremos referencia a lo que hemos llamado elementos centrales o nucleares de la regulación, sino también a los elementos auxiliares o complementarios. El convencimiento de que la modificación de los contratos debe tratarse de manera integral y no con reformas puntuales de las normas sobre modificación se verá aquí refrendado. Por eso no debe causar extrañeza el surgimiento de cuestiones como la regulación del rendimiento pasado, la baja temeraria o de los criterios de exclusión de los candidatos. Corresponde ello a una visión holística del fenómeno de la modificación de los contratos, visión que es la defendida en esta Tesis.

Armados de la confianza que otorga el estudio de la evolución de cualquier instituto jurídico avanzaremos a la regulación actual, no sin antes dedicar una sección al impacto del Derecho europeo en la regulación española¹¹¹². Hecho lo cual nos detendremos en la regulación vigente (ámbito de aplicación, presupuestos habilitantes, límites, procedimientos, efectos y mecanismos de control). Se centrará el estudio en el régimen general ordinario, así como en las especialidades del régimen general administrativo.

Una vez que hemos sentado las bases de la regulación profundizaremos en algunos casos interesantes. El hecho de observar cómo se aplica la modificación en diferentes supuestos permite afirmar que se trata de un fenómeno complejo y fragmentado, reforzando además el carácter casuístico de su aplicación.

Por último, con todos estos datos estaremos en disposición de realizar una valoración crítica del modelo.

¹¹¹² Por supuesto que, aunque se estudien por separado, se asume y comparte la idea de que el Derecho europeo forma parte del Derecho nacional, es decir, que Derecho europeo es Derecho nacional.

CAPÍTULO 5: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN: HACIA UN MODELO DE POSTESTAD

En materia de contratación pública, el sistema normativo hoy vigente hunde sus raíces en épocas pasadas. Siendo cierto que alguno de sus elementos pueden observarse con anterioridad (e.g la subasta ya se puede encontrar en época romana), de manera global, esto es, como tal sistema de contratación más allá de elementos aislados, su nacimiento es prudente fijarlo en el siglo XIX.

A diferencia de lo que ocurre en Francia, donde la jurisprudencia fue la que jugó un papel clave, aquí han sido el legislador y el ejecutivo los encargados de impulsar la regulación de compra pública. Así, en la evolución del Derecho de la contratación pública en España tiene un gran protagonismo el Derecho positivo, ya sea legal o reglamentario¹¹¹³. Dicho eso, tampoco podemos ignorar el papel crucial de la jurisprudencia, que ya entonces moldeaba muchas instituciones parcamente reguladas¹¹¹⁴.

En España la modificación del contrato se configura tradicionalmente como una prerrogativa en su sentido clásico y por tanto como un poder de acción unilateral. Aunque en un comienzo sí se encuentren casos de modificación por mutuo acuerdo, lo cierto es que se acaba imponiendo un modelo de prerrogativa. Originalmente, la modificación debía estar prevista en los pliegos o ser acordada de mutuo acuerdo¹¹¹⁵. Fue más adelante, cuando el contrato público evoluciona hacia la forma de contrato administrativo, cuando el título jurídico habilitante pasa del acuerdo interpartes a la acción unilateral.

Las primeras normas con rango legal que consagran expresamente ese poder de modificación unilateral fueron el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 y la Ley de Contratos del Estado de 1963-1965¹¹¹⁶. Normas que también son las primeras en regular la contratación administrativa más allá de la preparación y adjudicación del contrato,

¹¹¹³ PENDÁS GARCÍA, B., “Administraciones Públicas: contratos y contratistas: perspectivas polémicas de la LCAP”, B. PENDÁS GARCÍA (ED.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995.p. 3.

¹¹¹⁴ Por ejemplo, la Exposición de Motivos del non-nato proyecto Azcárraga para reformar la normativa de contratos, de 15 de noviembre de 1900 contempla entre otras justificaciones la necesidad de positivizar importantes decisiones de jurisprudencia administrativa.

¹¹¹⁵ J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit., 1963, p. 204, nota a pie página; y p. 224.

¹¹¹⁶ En este sentido C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit. p. 23.

es decir, las primeras en dotar de una regulación sustantiva al contrato administrativo¹¹¹⁷. Son estas normas las que marcan el comienzo de una segunda etapa en la regulación de la modificación (1953-2007). Esta segunda etapa fue importante en la medida en que sirvió para consagrar un sistema (el de la modificación unilateral) y a su vez fue capaz de diseñar un marco en que dicha potestad debía moverse.

No se observan cambios importantes en la regulación de la modificación hasta la aprobación de la LCSP, cuando comienza una nueva etapa, la tercera (2007-2011), en la que se produce una tímida reacción legislativa. De hecho, se introducen por vez primera límites a la modificación. Sin embargo, esta nueva regulación no fue obstáculo para la práctica abusiva de los modificados¹¹¹⁸.

La presión comunitaria –que ya había comenzado antes de la LCSP- se intensificó y dio sus frutos en forma de una reforma del régimen de los modificados introducida por la LES en 2011. Se inaugura con ella una cuarta etapa (2011-2016) marcada por una restricción normativa de la modificación nunca antes vista. Una normativa que, todo apunta, dará un giro hacia posiciones de mayor flexibilidad en 2016 ante la aprobación de las Directivas de 2014.

En definitiva, en las siguientes líneas recorreremos la historia de una institución que nació como novación modificativa de carácter convencional; fue transformándose en prerrogativa de la Administración hasta ser paradigma de la peculiaridad del contrato administrativo; y hoy sufre la misma crisis dogmática de aquél. Aunque a continuación nos centramos en la *potestas variandi*, protagonista principal de nuestra historia, tampoco hay que olvidar que por el camino, gracias a la llamada huida del Derecho Administrativo la modificación por mutuo acuerdo siguió viva, por lo que merece un análisis especial al que dedicamos la sección correspondiente.

5.1. Primera etapa: La modificación de los contratos en las primeras normas de contratación (1845-1950)

El surgimiento de las normas de contratación pública se sitúa a mediados del siglo XIX,

¹¹¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, vol. 10, 1953. p. 248.

¹¹¹⁸ J. E. GARCÍA DE LA MATA; J. G. PIPAON PULIDO, “Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *Diario La Ley*, vol. 6983, 7 de julio, 2008.

momento en que se consolida tanto un modelo particular de Administración¹¹¹⁹ como las instituciones básicas de nuestro Derecho Administrativo¹¹²⁰. A partir del segundo cuarto del siglo XIX comienzan a ver la luz obras centradas en la ciencia de la Administración y el Derecho Administrativo, entendido éste como el método jurídico del estudio de la Administración¹¹²¹. Los principales efectos de una maravillosa oleada de iuspublicistas se dejan sentir en las décadas de 1840 y 1850, prolíficas para el Derecho Administrativo¹¹²².

También fue en las décadas de 1840 y 1850 cuando surgieron las primeras normas reguladoras de la contratación pública. Dirá BASSOLS que son dos los motivos principales que determinaron la necesidad de afrontar la regulación de la contratación pública: “por una parte la exigencia de disponer de una ordenación estable de la Hacienda Pública; y por otra, el impulso del progreso económico que se inicia a partir de 1840 con la construcción de nuevas carreteras y la introducción de la red ferroviaria”¹¹²³. En el mismo sentido se pronuncia MONEDERO, afirmando que “el origen motor de la institución de los contratos del Estado es fruto de las preocupaciones de la Hacienda”¹¹²⁴. La lógica preocupación por el estado de la Hacienda Pública, se saldará en el ámbito de la contratación pública con la presencia del Ministerio de Hacienda como protagonista de sus más importantes

¹¹¹⁹ Se configura un modelo de Administración que será “el legado más característico y considerable de la era isabelina”. Cfr. JOVER ZAMORA, J.M, GÓMEZ-FERRER, G. y FUSI AIZPURÚZ, J.P, España: sociedad, política y civilización (s. XIX y XX), Debate, 2001, p. 172.

¹¹²⁰ No se entra ahora al debate sobre el origen patrio o no de las Instituciones del Derecho Administrativo. Para conocer diferentes opiniones al respecto ver GALLEGU ANABITARTE “Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho Administrativo Español”, en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo en España*, Madrid, INAP, 2001, p. 38; Asimismo, NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, p.15 y 145.

¹¹²¹ Sobre el Derecho Administrativo como método es fundamental leer el clásico GARRIDO FALLA, F., *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961. El autor considera que con la llegada del Estado de Derecho los iuspublicistas comienzan a preocuparse por la juridicidad a la hora de abordar el estudio del Derecho Público, introduciendo el método jurídico en la construcción de aquél. Por contra, la ciencia de la Administración queda diluida en el Derecho Administrativo.

¹¹²² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973, p. 23

¹¹²³ BASSOLS, M., “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Barcelona, Praxis, 1995, p. 25 ; Muestra del creciente empuje de la Obra pública, en 1851 se crea del Ministerio de Fomento.

¹¹²⁴ MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 200

disposiciones¹¹²⁵, posición de control que se certifica en 1852 y continúa hasta nuestros días¹¹²⁶.

Esas preocupaciones de la Hacienda culminan con la aprobación del RD Bravo Murillo, así conocido en honor de quién fuese el principal impulsor del texto¹¹²⁷. El Real Decreto de 27 de febrero de 1852, sobre contratación de servicios y obras públicas, es considerado como la norma capital sobre contratación pública en nuestro Derecho, al menos hasta la mitad del siglo XX. El texto se centró en aspectos de las fases de preparación y adjudicación del contrato y su potencial impacto en las finanzas y el presupuesto. En apenas 15 artículos la norma establece la publicidad (remate público y solemne) y concurrencia (subasta) en la adjudicación de los contratos. Su gran aportación, y que sin duda influyó definitivamente en la configuración del *ius variandi*, fue la consagración del principio de autotutela en el ámbito de la contratación. El artículo 9 del texto, desarrollando la Exposición de Motivos cuando dice que “la Administración es un poder público que tiene en sí mismo medios constitucionales de obligar”, afirma expresamente la ejecutividad de las decisiones administrativas para aquellos casos en que se produzca un incumplimiento del contratista. Se ciñe, por tanto, a los casos en que se produzca un incumplimiento del contratista, por lo

¹¹²⁵ El papel del Ministerio de Hacienda se convierte en esencial cuando la Obra pública comienza a financiarse de manera mayoritaria a través de los Presupuestos. Un ejemplo del efecto arrastre que tiene la financiación a través de los presupuestos sobre el desarrollo normativo posterior lo tenemos en la construcción de carreteras. Hasta la llegada del ferrocarril a nuestro país, la inversión mayoritaria se realizó en carreteras, en las que se abandona rápidamente la idea de financiarlas mediante emisión de deuda y acciones, pasando a considerar los presupuestos como la única vía de financiación. Ello explica que acaparasen cerca de la mitad del presupuesto del Ministerio de Fomento entre 1850 y 1874. Aquí yace la principal diferencia respecto a los ferrocarriles, cuya construcción y explotación se concedía a los particulares, otorgando el Estado auxilios de todo tipo, pero a través de mecanismos que no quedaban reflejados en el presupuesto ordinario (empréstitos, deuda pública, franquicias aduaneras, etc). En definitiva, mientras que las inversiones en carreteras sí quedaban reflejadas en la contabilidad del Ministerio, los gastos en ferrocarriles no. ALZOLA Y MINONDO, *Historia de las Obras Públicas en España*, (1899), Turner, Bilbao, 1979, p.365.

¹¹²⁶ El único momento en que pareció reducirse las competencias del Ministerio de Hacienda fue en el Proyecto Azcárraga de 1900. Cfr. VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L., "El principio de riesgo y ventura", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R., (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 534.

¹¹²⁷ Un texto que originalmente estaba previsto que tuviera rango de ley. En 1847, Ramón Santillán presenta ante las Cortes un proyecto de Ley de Administración y Contabilidad en el cual se contiene un capítulo dedicado a la contratación pública. Sin embargo, las discusiones generadas por dicho capítulo aconsejan dejarlo fuera del texto finalmente aprobado en 1850 como Ley de Administración y Contabilidad. Ese mismo año, Seijas Lozano, Ministro de Hacienda, presentó el “Proyecto de Ley General de Contratación”, que no llegó a ser discutido a pesar de haber sido estudiado por la Comisión nombrada a tal efecto por el Congreso. Más adelante, siendo Presidente del Consejo de Ministros Bravo Murillo, decide impulsar la aprobación del texto, en forma de Real Decreto, “sin perjuicio de que a su tiempo adquiriera el carácter de ley”. M. BASSOLS, “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en Benigno Pendás García (ed.) *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995 (Wolters Kluwer)., p. 26.

que es una prerrogativa limitada. Además, el RD establece que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de resolver los asuntos referentes a los contratos públicos de servicios u obras públicas (art. 12)¹¹²⁸.

Ahora bien, lo que permite estudiar la evolución de la modificación en esta época no son tanto las normas reglamentarias o legales, sino los pliegos de condiciones generales departamentales que servían de marco para la adjudicación y ejecución de los contratos¹¹²⁹. Éstos sí abordan con cierto detalle la ejecución y sirvieron para perfilar lo que más adelante serían las normas de contratación pública y, en concreto, la figura del contrato administrativo, ya que en la práctica muchos contenidos del RCCL y del LCE se inspiran en estas cláusulas. Así, los pliegos de condiciones generales eran sólo condiciones tipo que a lo sumo servían para colmar las lagunas de los contratos. Sólo la inserción de esas cláusulas generales en los pliegos particulares y los contratos permitía que los pliegos generales gozaran de aplicación práctica¹¹³⁰. Sin embargo, es útil estudiarlos ya que a la postre este tipo de cláusulas moldearían el reconocimiento legal de la potestad de modificación unilateral.

En las normas aprobadas son continuas las manifestaciones sobre el problema de la modificación de los contratos. La modificación es un problema ya en 1845 cuando en la Exposición de Motivos de la Instrucción de Obras Públicas se reconoce que “la frecuencia con que por unos y otros [contratistas y Administraciones] se eluden o se alteran las condiciones establecidas en sus contratos”¹¹³¹. La Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 30 de noviembre de 1858 apunta que “ha llamado la atención de esta Dirección General la frecuencia con que en las obras contratadas se remiten presupuestos de aumento formados con precios distintos de los que aparecen para cada unidad de obra en el

¹¹²⁸ La importancia de estas previsiones ha sido ya puesta de manifiesto por BASSOLS, quien considera que ambos preceptos son la pieza maestra sobre la que se desarrollará la teoría del contrato administrativo. El casuismo derivado de la delegación en los Pliegos, la aplicación del principio de autotuela en el seno del contrato, y la exclusión de los Tribunales ordinarios, “dan carta de naturaleza propia a la contratación administrativa a partir de la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días”. En este sentido también la Sentencia de 19 de octubre de 1859 (ST núm. 317 de Tomo 9 de Jurisprudencia Administrativa de 1865 (p. 665). Cfr. *Ibid.*

¹¹²⁹ Real Orden de 16 de abril de 1846, aprobando el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de caminos, canales y puertos; los posteriores Pliegos generales de 1861, de 1886 y los de 1900 y 1903.

¹¹³⁰ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 25.

¹¹³¹ Exposición de Motivos del Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que aprueba la Instrucción de Obras Públicas. Sobre dicha instrucción ROSADO PACHECO, S. “La Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845 (contribución a la potestad reglamentaria en España)”, en *V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Del Antiguo Régimen a la Administración contemporánea*, celebrado en San Fernando, Cádiz, el 5 y 6 de febrero de 2010.

primitivo"¹¹³². También en la RO de 22 de agosto de 1886: “Este Ministerio viene observando que los períodos de tiempo empleados en el estudio y ejecución de las obras públicas son en general muy superiores a los racionalmente necesarios y a los estipulados en las respectivas contratas”¹¹³³. O en los Pliegos de 1903, en los que justifica algunas medidas “la necesidad de evitar que móviles ajenos a la conveniencia de dichos intereses logren quebrantar el principio fundamental de que la contratación ha de basarse en el remate público” (así, por ejemplo, la prohibición de toda prórroga).

Es interesante ver de qué manera se va creando un sistema complejo de normas sobre modificaciones contractuales. Y cómo los propios pliegos establecen poderes en favor de la Administración, pero a la vez mecanismos de control para evitar los abusos. Veamos algunos ejemplos.

La modificación unilateral del contrato.- Hay pronunciamientos que ya dejan entrever la posibilidad de la Administración de modificar el contrato. Si bien en todos ellos parece necesitarse la inclusión de la fórmula pertinente en el contrato. Ello iría en línea con lo defendido por el profesor PARADA, que niega que fuese posible la modificación unilateral y considera que era necesario acordarlo en los pliegos o mediante mutuo acuerdo¹¹³⁴. De hecho, la ejecutividad de las decisiones Administrativas en el seno del contrato, consagrada por el RD Bravo Murillo de 1852 (art. 9), se refería exclusivamente a los casos en que hubiese incumplimiento por parte del contratista. DELGADO Y MARTÍN y ARRIAGA en 1899 señalaban que:

“Conforme con los principios generales de Derecho en materia de contratación, se ve que no es lícito a la Administración, como parte contratante, introducir modificación alguna en los contratos celebrados sin el asentimiento del contratista; pero esto se entiende en aquellos casos en que no se haya pactado expresamente lo contrario o que por las condiciones generales por que el contrato se rige, y que han de considerarse siempre contenidas en los pliegos particulares de cada contrato, no se haya reservado la Administración aquella facultad, pues en este caso la virtualidad del contrato que, como se ha dicho, es ley para las partes contratantes, impone a la que lo aceptó la obligación de pasar por las modificaciones que la otra introduzca en el proyecto”¹¹³⁵.

¹¹³² Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 30 de noviembre de 1858, publicada en la Gaceta de Madrid de 3 de diciembre de 1858.

¹¹³³ Gaceta de Madrid de 27 de agosto de 1886.

¹¹³⁴ J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit., 1963, 204, nota a pie página; y p. 224; Así, la potestad de modificación unilateral no vería la luz hasta bien entrado el siglo XX (RCCL 1953 y LCE 1963).

¹¹³⁵ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 181.

Los mismos autores distinguen la novación (acuerdo entre las partes), de las modificaciones y alteraciones que en algunos casos con arreglo al pliego de condiciones puede introducir la Administración¹¹³⁶. Es más, parece que los autores encuentran en el principio licitatorio un límite para las novaciones, esto es, para las modificaciones por mutuo acuerdo, cuando aceptan que tendría graves inconvenientes prohibir la novación del contrato, pero es contraria a los principios que regulan la contratación administrativa, que también se establecen en garantía de los intereses públicos y que son limitaciones a la facultad de la Administración¹¹³⁷.

Se asumía ya entonces que lo convenido entre las partes era ley del contrato, el cual obligaba al Gobierno a cumplir y a hacer cumplir las obligaciones en él establecidas (Sentencia de 28 de julio o de 30 de noviembre de 1859)¹¹³⁸. En términos de la STS de 31 de mayo de 1871 “es un principio de derecho, así civil como administrativo, que lo convenido en un contrato constituye ley para los contrayentes, y que debe cumplirse en el modo y forma en que por los mismos se haya establecido”¹¹³⁹. Así pues, la jurisprudencia no dudaba en afirmar que las obligaciones de las partes estaban reducidas al fiel y exacto cumplimiento de las condiciones que sirvieron de base a la estipulación (Sentencia de 4 de marzo de 1857)¹¹⁴⁰. Igualmente, el contratista no puede considerarse obligado en más de lo resuelto por la Real orden expresiva de las condiciones del contrato (Sentencia 21 diciembre de 1857)¹¹⁴¹. Por ejemplo, cuando en un contrato de suministro de carbón con fines militares, la Administración de Marina le solicita mayor cantidad de la pactada, el contratista, y la Sala le da la razón, se niega considerando “que según las cláusulas de la escritura no estaba obligado a suministrar más carbones que los precisos para el consumo de todo el mes de noviembre, último de su contrata, y nunca podía compelérsele para el consumo posterior pues tal obligación le impondría una responsabilidad limitada” (Sentencia de 30 de noviembre de 1859)¹¹⁴².

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 206; Pero al decir eso señalan, “nacén estas del contrato mismo o de la ley”, creando confusión al menos a los ojos de un iuspublicista del siglo XXI.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 207.

¹¹³⁸ Ver en Colección de Jurisprudencia Administrativa, tomo 9, 1865 (pp. 497 y 713).

¹¹³⁹ Ver Colección de Jurisprudencia Administrativa tomo 20, 1871, p. 147.

¹¹⁴⁰ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 138 ; el autor señala que aunque eso no esté dispuesto en ninguna norma de carácter administrativo, así lo tiene establecido la jurisprudencia administrativa. Cita Sentencias desde 1857 a 1875.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 140.

¹¹⁴² Colección de Jurisprudencia Administrativa, tomo 9, 1865 (p 713).

Es más, “que aun cuando la Administración activa tiene facultades discrecionales nacidas de la alta inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, cuando contrata debe atenerse a las condiciones estipuladas, en cuanto vínculos nacidos de la obligación no sean declarados nulos o rescindidos (...)” (Sentencia de 25 de febrero y 18 abril 1891)¹¹⁴³. La misma sentencia considera que no debe considerarse contraria al principio de igualdad la facultad que tiene la Administración para modificar las obras antes de principiadas o durante su ejecución conforme a los pliegos de condiciones generales. Así pues, que el título que habilitaba a la Administración eran sólo los pliegos.

Sin embargo, otros pronunciamientos dejan entrever una posible facultad de modificación unilateral. Por ejemplo, la Sentencia de 6 de junio de 1860 señala que “cuando la Administración por razones de utilidad o necesidad pública varía las obligaciones de un contrato, se entiende que deja siempre a salvo los derechos de los que con ella contrataron”¹¹⁴⁴. Además se reconoce el derecho a la indemnización por los mayores gastos cuando éstos se producen en virtud de resoluciones de la Administración alterando alguna condición del contrato (Sentencia de 22 de junio de 1866)¹¹⁴⁵, o por aquellos gastos que en contratos aleatorios sobrevengan por consecuencia de un acto administrativo que haya dado ocasión al riesgo o disminuido las probabilidades de ventura (Sentencias 27 noviembre de 1863; 20 diciembre de 1866; 5 de junio 1870)¹¹⁴⁶. O que el contratista de obras tiene derecho a que se abonen los aumentos de obra que resultasen de órdenes del director de las mismas aunque no conste que en la recepción provisional ni definitiva se protestaran, ya que nadie puede lucrarse con perjuicio de otro (Sentencia 7 febrero 1895)¹¹⁴⁷. El profesor COLMEIRO en 1865 se pronuncia con toda naturalidad afirmando que la Administración podía alterar las condiciones del contrato “cuando la utilidad o la economía lo reclamen” o “si por circunstancias extraordinarias hubieren subido considerablemente los precios de los materiales, de los salarios, etc”¹¹⁴⁸. En esos casos, el contratista estaría en su derecho de recibir la compensación correspondiente.

¹¹⁴³ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 139.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 208; derechos que no es más que el de recibir compensación por ello (S. de 5 de julio de 1860).

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 146.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 146.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁴⁸ M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, cit., vol. t. II., p. 102.

En todo caso, DELGADO Y MARTÍN y ARRIAGA señalan que “convendría regular esta facultad de la Administración por ley, señalando las condiciones generales en que pudiera ejercitarse y estableciendo las garantías necesarias para impedir el abuso de la misma”¹¹⁴⁹. Parece, pues, que en el momento de escribir su obra (1899) ya se ha asumido la posibilidad de modificación unilateral.

Sea como fuere, los pliegos sí recogen esa facultad, si bien quedaba a expensas de ser introducida en el contrato. La Instrucción de 1845 parece indicar la posibilidad de modificación unilateral de la concesión (entonces llamadas “obras por empresa”): “El Gobierno se reservará en estos casos [ejecución por empresa] el derecho de aumentar o disminuir las concesiones cuando formalizados los proyectos y comparados su costo y utilidades, resulten éstas insuficientes o excesivas, a fin de evitar por este medio que se debilite el estímulo del interés individual o se ocasionen perjuicios a los pueblos en particular o al Estado en general” (artículo 10). Ahora bien, más que la posibilidad directa de modificar el contrato lo que hace es obligar al Gobierno a reservarse tal posibilidad en los pliegos del contrato.

Lo mismo puede decirse de los Pliegos dado que, aunque se muestran más contundentes, su propia naturaleza hacía eficaces sus cláusulas sólo en la medida en que eran insertadas en el contrato. Por ejemplo, el artículo 3 de los Pliegos de 1846 consideraba que “Si después de aprobada la contrata se reconociese la necesidad o conveniencias de hacer algunas variaciones en el proyecto o el presupuesto, y se revistiesen de la autorización competente, el contratista deberá conformarse, en el concepto de que se valuará el importe de las variaciones, sea en más o sea en menos, a prorrata según el precio de la contrata, sin que en caso de reducción tenga derecho a reclamar ninguna indemnización a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese tenido en los materiales y mano de obra de la parte reducida o suprimida”.

Los Pliegos de 1861 van en la misma dirección al señalar que “si antes de principiarse las obras o durante su construcción la Administración resolviese ejecutar por si parte de la contrata o acordare introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aun supresión de las cantidades de obra marcadas en el presupuesto, o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que esta sea de las comprendidas en la

¹¹⁴⁹ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 209.

contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tenga derecho en caso de reducción o supresión a reclamar ninguna indemnización a pretexto de beneficios que hubiere podido obtener en la parte reducida o suprimida” (art. 44). Añadiendo además que, en caso de ser necesario, la Administración puede suspender las obras para plantear la modificación (art. 45). Esta redacción en términos generales se mantiene en los Pliegos de 1886 y 1903.

El proyecto Azcárraga de 1900 en la Exposición de Motivos señala que la contratación no debe implicar “desviación de los principios fundamentales del Derecho, que sirven de norma a la contratación en general, ni la existencia de privilegios a favor de aquella, que pugnarían con los principios de igualdad que informan el ordenamiento moderno”. Ahora bien, en tanto que los licitadores acepten voluntariamente las condiciones, “la igualdad entre las partes está garantizada”¹¹⁵⁰.

Todavía vacilante, pero marcando el camino que vendría después, la Sentencia de 10 de octubre de 1908 señalaba que “... si bien es cierto, en principio, que la Administración no puede modificar los contratos que celebra, a no ser que la novación se halle autorizada por la Ley, o se haya acordado con las mismas formalidades y garantías a que se ajustara su celebración, tampoco puede negarse en absoluto, sin grave riesgo, la facultad de la Administración para modificar un contrato, siempre que las necesidades públicas aconsejen la novación.”¹¹⁵¹.

Límites a la modificación y resolución.- Más allá del umbral superado el cual el contratista podía solicitar su resolución, la modificación del contrato no tuvo nunca verdaderos límites. Ahora bien, hubo algunos preceptos que sí parecieron tener ese sentido.

El proyecto Azcárraga de 1900, que no sería aprobado, señalaba que “(...) Si fuese necesaria o conveniente la ejecución de nuevas obras como ampliación de las contratadas, éstas no podrán verificarse sin que preceda la formación del oportuno presupuesto adicional, que en ningún caso podrá exceder del 25 por ciento del valor de la obra contratada, y que habrá de ser necesariamente aprobada por la Autoridad que acordó el primero” (art. 37).

¹¹⁵⁰ Exposición de Motivos del Proyecto Azcárraga, 1900.

¹¹⁵¹ R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, 1ª, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1927., p. 155.

Los Pliegos de 1903 en su artículo 52 también parecen incorporar esa obligación de rescisión:

“También se rescindirá la contrata en los casos siguientes:

1.º Cuando las modificaciones indicadas en el art. 46 afecten á la explanación, á las distancias de transporte de los materiales ó á otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra y alteren el presupuesto de la contrata, por exceso ó por defecto, en un 10 por 100, por lo menos; y

2.º Cuando no afectando dichas modificaciones á la explanación ni á otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra, se altere el presupuesto, cuando menos, en una quinta parte por exceso ó por defecto.

Para los efectos de ser obligatoria la rescisión, es aplicable todo lo indicado en el párrafo anterior á los casos de variar el presupuesto por las equivocaciones materiales de que trata el art. 43, ó por resultar diferencia entre el presupuesto detallado de las obras á que se refiere el art. 49 y la partida alzada que para las mismas figure en el general de la contrata.

Cuando se reunan dos ó más de las causas expresadas en este artículo, podrán acumularse sus resultados para el efecto de ser necesaria la rescisión.”

Pero de nuevo es necesario insistir en que sin la incorporación al contrato estas cláusulas no tenían fuerza normativa. Sirve, eso sí, para demostrar que el abuso en la modificación existía y se pretendía atacar a través de mecanismos que hoy son obligatorios: la terminación del contrato.

Hacia la revisión de precios.- En un principio, la manera de reaccionar contra el aumento “notable” de precios era la recogida en los Pliegos de 1846: “si durante la ejecución de las obras experimentasen los precios un aumento notable, podrá rescindirse la contrata a petición del empresario, a no ser que admita las modificaciones que se le propongan por la superioridad (...)” (art. 35). Esta cláusula se completa en los Pliegos de 1861, que introducen algunas previsiones para evitar los abusos de las partes, exigiendo que resulte probado (art. 53): a) que el alza ha tenido lugar desde la época que se verificó la subasta, no desde que se formó el proyecto; b) que no es debida a la ejecución de las obras a que se refiere la contrata, sino a la de otras que se han emprendido con posterioridad o a una causa general no prevista; c) que no es producida por circunstancias de carácter transitorio.

También objetiviza el concepto de “aumento notable” entendiendo por tal un aumento de un sexto del importe total (en los Pliegos de 1886 se aumenta a una cuarta parte, lo que incrementa el riesgo asumido por el contratista). E incluye en su artículo 54 una prohibición que nos es conocida: la prohibición de suspender la ejecución de las obras.

El RD de contratación de los entes locales de 1883 estableció que es obligatorio que figure

“los casos en que el rematante pueda pedir aumento o disminución de precio o rescisión del contrato o la advertencia de que éste se hace a riesgo y ventura para el rematante, sin que por ninguna causa pueda pedir alteración del precio o rescisión” (art. 3.6).

Las unidades no previstas y los precios contradictorios.- En palabras de ARIÑO, España fue pionera en la introducción de un sistema de precios contradictorios¹¹⁵².

En el Pliego de 1846 se establece que “cuando se juzgase necesario ejecutar algunas partes de obra que no se hubiesen previsto en el proyecto y presupuesto, se valorará su importe comparándole al de otras análogas de la contrata: en el caso de ser la diferencia muy notable, se fijarán los precios contradictoriamente según los corrientes del país” (artículo 20). Ahora bien, si la importancia no fuese tal, entonces “se hará una previa medición, con la que se conformará el contratista, tanto respecto a su importe como a las obras, de las cuales se hará y presentará una propuesta particular a la aprobación superior”.

En 1861 se introduce la posibilidad de relegar al contratista si este no está de acuerdo con los precios establecidos contradictoriamente (art. 47). Y en 1886 se considera que si el contratista ejecuta sin previa aprobación se entenderá que el contratista renuncia a fijar los precios contradictoriamente y se contenta con los establecidos por la Administración (art. 46). Los Pliegos de 1903 recogen la versión más terminada de esta previsión:

Artículo 48

Cuando se juzgue necesario emplear materiales ó ejecutar obras que no figuren en el presupuesto de la contrata, se valorará su importe á los precios asignados á otras obras ó materiales análogos, si los hubiere, y cuando no, se discutirán entre el Ingeniero y el contratista, sometiéndolos á la aprobación superior si resultase acuerdo.

Los nuevos precios, por uno ú otro procedimiento convenidos, se sujetarán siempre á lo establecido en el art. 32 de estas condiciones.

Si no hubiere conformidad para la fijación de dichos precios entre la Administración y el contratista, quedará éste relevado de la construcción de la parte de obra de que se trate, sin derecho á indemnización de ninguna clase, abonándole, sin embargo, los materiales que sean de recibo y que hubieren quedado sin emplear por la modificación introducida.

Cuando se proceda al empleo de los materiales ó ejecución de las obras de que se trate, sin la previa aprobación superior de los precios que hayan de aplicárseles, se entenderá que el contratista se conforma con los que fije la Administración.

El tratamiento del error.- Los errores tenían relevancia jurídica cuando afectaban al

¹¹⁵² G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 187.

consentimiento otorgado, es decir, cuando producían una falsa apreciación de las circunstancias. A pesar de ser numerosas las reclamaciones que alegaban error material o de hecho, tanto la normativa como la jurisprudencia administrativa fueron siempre más rígidas que en el ámbito civil.

La contratación pública no asumirá la concepción privatista del error, ya que las solemnidades típicas de aquélla blindan al contrato público. La jurisprudencia no admitía la idea de reclamación de error en el contenido del pliego como vicio del consentimiento ya que las peculiaridades del contrato administrativo suponen que el contratista goza de tiempo y mecanismos para subsanarlo. Así, la Sentencia de 15 de enero de 1861 afirma que no existe posibilidad de argumentar la existencia de error en tanto que los derechos y obligaciones nacen con la proposición del contratista¹¹⁵³. En la misma línea, la Sentencia de 19 de octubre de 1891 considera que el error debe ser denunciado en la subasta, perdiendo ese derecho si no se hace¹¹⁵⁴. Es muy descriptiva la Sentencia de 13 de enero de 1875:

“La Administración no está obligada a indemnizar por circunstancias que debieron preverse y tomarse en cuenta de antemano por el contratista, y al mismo tiempo le incumbía enterarse de lo que en materia de hechos se expresa en el contrato antes de celebrarse el remate, sin que su omisión sea suficiente para reclamar (...)”¹¹⁵⁵

Es interesante el pronunciamiento en esa misma sentencia que incorpora un principio llamado a perdurar: “en los servicios y obras públicas están equiparados [los contratistas] a los peritos que carecen de derechos para reclamar perjuicios por equivocaciones de cálculo”.

La tendencia normativa durante el periodo estudiado fue la de ir restringiendo el ámbito del error. La adopción del principio de riesgo y ventura tiene como consecuencia, entre otras cosas, el no dejar espacio de acción al error de cálculo¹¹⁵⁶.

Los Pliegos de 1846 fijan el elemento esencial que regulará el error en el periodo estudiado: la imposibilidad de argüir error u omisión para conseguir la modificación de las condiciones pactadas. El artículo 10 señala que el contratista “no podrá bajo ningún pretexto de error o

¹¹⁵³ En este sentido la Sentencia de 23 de mayo de 1863.

¹¹⁵⁴ En el mismo sentido la Sentencia de 22 de octubre de 1891 y 26 de enero de 1892.

¹¹⁵⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 138.

¹¹⁵⁶ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 138.

de omisión reclamar en el curso de la ejecución de las obras aumento de los precios consentidos por él, en atención a que habiendo podido enterarse previamente de todas las circunstancias, se considera que ha verificado y comprobado los cálculos para la valuación de cada cosa”¹¹⁵⁷.

Los Pliegos de 1861 elaboran algo más esta cláusula y diferencian según el tipo de error. El artículo 42 señala que “el contratista no podrá bajo ningún pretexto de error u omisión reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro general que acompaña al presupuesto”. Desde los Pliegos de 1861 apenas hay cambios en el régimen jurídico del error de hecho, que viene perfectamente definido en el artículo 42¹¹⁵⁸.

La rigidez ante errores de hecho se contrapone a la flexibilidad de los errores materiales, es decir, aquellos que se producen al calcular tanto el presupuesto base de la contrata como las cantidades de obra. Es decir, afectan no al precio unitario, sino al presupuesto global. Los Pliegos de 1846 dejaban un amplio margen al contratista, permitiéndole reclamar el abono correspondiente, siempre que en las dimensiones o en la medición de las obras resultase equivocación. Estrecha esa posibilidad el artículo 42 del Pliego de 1861:

Las equivocaciones materiales que el presupuesto pueda contener, ya por variación de los precios respecto de los del cuadro, ya por errores en las cantidades de obra o en su transporte, se corregirán en cualquier época en que se observen, pero no se tendrán en cuenta para los efectos consignados en el artículo 50 [rescisión], sino en el caso de que sobre ellas se hubiese reclamado en el término de cuatro meses contados desde la fecha de la adjudicación.

Al remitir a los casos de rescisión, lo que en definitiva pretende el artículo es proteger el consentimiento, es decir, que si el error se pone de manifiesto antes de un periodo, y es sustancial¹¹⁵⁹, podrá el contratista rescindir el contrato. En otro caso, las partes se ven obligadas a aceptar lo establecido. Como señala ARIÑO, es importante no confundir el error en los pliegos con las dificultades sobrevenidas, que serán abordadas en el epígrafe siguiente¹¹⁶⁰.

La aprobación del superior como mecanismo de control.- En el procedimiento de

¹¹⁵⁷ Artículo 10 de los Pliegos de 1846.

¹¹⁵⁸ Sus equivalentes son el artículo 41 del Pliego de 1886 y 43 del de 1903.

¹¹⁵⁹ Que un error fuese o no sustancial viene establecido en el artículo al que remite el precepto que regula el error. Con el tiempo se amplía, pasando de 1/6 en 1861 a 1/5 en 1886 y 1903.

¹¹⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, G., *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 140.

modificación del contrato siempre ha estado presente la idea de obtener autorización y/o informe de la superioridad. Y junto con ello se desarrolló la idea de un expediente de modificación.

La instrucción de 1845 se afirmaba que a la Dirección General de Caminos Canales y Puertos del M. Gobernación: corresponde “... Informar sobre las ampliaciones o modificaciones que exijan los contratos celebrados, siempre que la necesidad de variar los proyectos aprobados produzca aumento o disminución en el coste de las obras” (art. 33). En la misma norma, el art. 14 señala que no serán válidas las “(...) reducciones, aumento o variaciones que se hubieren hecho en dichas contratas sin igual formalidad [aprobación previa y completa], aun en concepto de mejora a las primeras condiciones”.

En las “obras por administración”, esto es, cuando era la propia Administración la encargada de ejecutar el proyecto se recoge expresamente la posibilidad de ajustes o destajos, siempre que se haya previsto esa partida (art. 18: “Para que estos ajustes sean válidos no podrán exceder su importe del que les corresponda en el presupuesto aprobado”). En caso de modificaciones del proyecto, entonces se requerirá autorización correspondiente (art. 19), “pero las alteraciones o modificaciones que conduzcan a su mayor economía o progreso de ejecución podrán llevarse a efecto con el acuerdo de la dirección general”.

No debió prestarse excesiva atención al precepto cuando en la R.O de 30 de octubre de 1854¹¹⁶¹ se denunciaba que era habitual los aumentos y variaciones “sin previa autorización ni aun conocimiento de la superioridad acerca de su necesidad o conveniencia”, señalando expresamente que no debe llevarse a cabo “aumento ni modificación en los proyectos aprobados, por insignificantes que sean, sin obtener previamente la correspondiente aprobación superior”¹¹⁶². A tal fin se podrá llegar a separar del Cuerpo al Ingeniero que autorice la más mínima variación, y se otorga a personal subalterno la competencia para informar de esta situación, lo cual irritó a los ingenieros tal como se lee en la ROP de la época¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Se publica en la Gaceta de 5 de noviembre de 1854.

¹¹⁶² R.O de 30 de octubre de 1854, publicada en la Gaceta de 5 de noviembre de 1854

¹¹⁶³ “Aumentos de obra”, en *Revista de Obras Públicas*, núm. 23., 1854, pp. p. 287 y ss; El autor, anónimo, critica ferozmente las Reales Órdenes del Ministerio de Fomento de 1 de junio y 30 de octubre de 1854, que acusaban a los Ingenieros de abusar de las modificaciones de obra. La disposición trataba de evitar que los Ingenieros pudiesen autorizar y ejecutar aumentos y variaciones sin previa autorización ni conocimiento de la superioridad. Para evitarlo, se podrá llegar a separar del Cuerpo al Ingeniero que autorice la más mínima

Más adelante, en el RD de 10 de marzo de 1866 considera que debe someterse a la aprobación del Consejo de Ministros las modificaciones de los proyectos que hayan sido autorizados del mismo modo. Por ejemplo, el RD de 8 de enero de 1896 señala que así deben aprobarse los expedientes de contratación en que se trate de obras cuya ejecución se extienda más allá de un presupuesto anual.

En este sentido también el no-nato proyecto Azcárraga, cuando permitía la introducción de modificaciones bajo las siguientes condiciones:

Artículo 37. No podrá hacerse por el contratista modificación alguna ni en los materiales ni en la ejecución de la obra sin que se halle ésta acordada por la Autoridad misma a quien compete la autorización y aprobación del contrato. Si fuese necesaria o conveniente la ejecución de nuevas obras como ampliación de las contratadas, éstas no podrán verificarse sin que preceda la formación del oportuno presupuesto adicional, que en ningún caso podrá exceder del 25 por ciento del valor de la obra contratada, y que habrá de ser necesariamente aprobada por la Autoridad que acordó el primero

El control del Consejo de Estado.- La Ley de Administración y Contabilidad de 1911 establecía en sus artículos 58 y 59 dos niveles de control en función de si se trataba de contratos cuyo proyecto había sido informado por el Consejo de Estado o no (superiores o no a 250.000 pesetas).

Si no habían sido informados por el Consejo de Estado y la modificación suponía alcanzar el precio de 250.000 pesetas, entonces se requería aprobación aprobadas por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado. En caso de superar dicha cuantía, era obligatorio rescindir el contrato (el artículo 58 dice textualmente “si excedieren se rescindirá el contrato”).

En caso de contratos cuyo proyecto hubiese sido informado previamente por el Consejo de Estado, y “por causas imprevistas” fuese necesario modificar un contrato, deberá oírse de nuevo al Consejo de Estado y cumplir con los demás requisitos y trámites prescritos para el contrato primitivo (artículo 59). En este caso no establece límite alguno, pero sí se observa que subyace una idea rescatada años después: que la modificación de un contrato debe

variación, y se otorga a personal subalterno la competencia para informar de esta situación. Según éstos, esas medidas provocarán: a) El entorpecimiento y paralización de las obras; b) La centralización más “nimia y pueril; c) Estimular la insubordinación de los auxiliares de obra; d) Dota a los contratistas de una excusa para manejar los tiempos de las obras a su antojo.

observar las garantías que rodearon la adjudicación del mismo. Esa misma norma se refiere al control del Tribunal de Cuentas, pero no hace mención a la modificación. Para ello habrá que esperar a la LCE.

Las reclamaciones de los contratistas.- No son raros los testimonios que consideran que las razones de equidad fueron la base de muchas de las reclamaciones de los contratistas, que por otra parte eran moneda común¹¹⁶⁴. Señala MONTERDE que “en lugar de encerrarse la Administración en el estrecho círculo del Derecho estricto admitía la discusión de los hechos y de los razonamientos en el terreno de la equidad y de la justicia. Y en este terreno ya fue más fácil que se accediera a ciertas reclamaciones de los contratistas”¹¹⁶⁵.

Y de acuerdo con él, el profesor COLMEIRO afirma que “si bien la Administración suele atender más a la equidad que al rigor del Derecho, todavía conviene fijar algunas reglas que atajen los abusos a que naturalmente se inclina cualquier poder arbitrario. De otro modo dejarían de ser la publicidad y la concurrencia cautelas eficaces contra la ignorancia y la malicia de los hombres. Un postor de mala fe se presentaría a la subasta y haría que le adjudicasen el remate con la reserva mental de obtener por medios lícitos o ilícitos la relajación de las condiciones solo en la apariencia aceptadas”.¹¹⁶⁶

Los Pliegos van cada vez más acotaron y redujeron las bases en las que se solían apoyar las reclamaciones. Por ejemplo, en los Pliegos de 1846, después de una aproximación rígida al error, se establece que “tampoco se le admitirá reclamación de ninguna especie que se funde en indicaciones que sobre las obras, sus precios y demás circunstancias del proyecto se hagan en la Memoria, por no ser documento que sirva de base para la contrata” (artículo 42).

En Decisión del Consejo de Estado de 15 de abril de 1867 se afirma que “si bien la Administración está obligada a la indemnización si rescinde un contrato por razón de utilidad pública, esta obligación no existe cuando es nulo el contrato por haberse celebrado con

¹¹⁶⁴ COLMEIRO señala que “es muy común que los contratistas de obras y servicios públicos fatiguen al Gobierno con reclamaciones fundadas o infundadas relativas al aumento de los precios convenidos o a indemnizaciones de daños y pérdidas que aun siendo ciertas, tal vez proceden de su negligencia, falta de medios, error de cálculo o mala dirección. Cfr. COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, 3ª ed., t.II, Madrid, 1865, p. 103.

¹¹⁶⁵ MONTERDE, A., “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, en *Revista de Obras Públicas*, junio, núm. 11, 1875, p. 121.

¹¹⁶⁶ COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, 3ª ed., t.II, Madrid, 1865, p. 103.

infracción de la ley que debe saber el licitador al presentar su proposición para la subasta”¹¹⁶⁷.

El proyecto Azcárraga de 1900 establece, en una redacción que nos es conocida, que “los contratos administrativos se celebran a riesgo y ventura sin que por tanto tenga derecho el contratista a reclamar aumento de precios o indemnización de perjuicios por el mayor valor que adquieran los materiales o efectos contratados, elevación de jornales o error de cálculo en los presupuestos o memorias que aumente o disminuya las utilidades probables. Esto, no obstante, procederá la indemnización de perjuicios provenientes de fuerza mayor o caso fortuito si expresamente no se hubiese estipulado lo contrario” (art. 52).

Otros mecanismos de protección de la ejecución.- Otra de las constantes en esta época fue la de fortalecer la ejecución del contrato a través de mecanismos accesorios que sin referirse directamente a la modificación del contrato, sí sirvieron para paliar sus efectos. En este sentido se podría afirmar que los abusos en la modificación de los contratos empujaron al diseño de mecanismos innovadores que hoy son exigencias asumidas sin mayores problemas en todo contrato público. Sin entrar en un análisis detallado de todos ellos sí diremos que la figuras como los requisitos para contratar o como las exigencias cada vez mayores en la preparación del contrato responden precisamente a proteger la adecuada ejecución del contrato.

Por un lado, la garantía definitiva fue durante mucho tiempo el único medio por el que se comprobaba la solvencia del contratista. Sobre la capacidad de los contratistas, DELGADO Y MARTIN señalan que: “la Administración no sólo debe expulsar de la licitación o del contrato que con ella se celebra a las personas que por el derecho común carecen de capacidad, sino que puede y debe excluir, por motivos de su conveniencia, a los que por razones de distinta índole le inspiran la creencia de que no ha de cumplir fielmente las obligaciones que estipulen”. Y continúa afirmando que

“La Administración, tan libre en este punto como los demás contratantes, sólo tiene límites en su discreción y prudencia para no apartar caprichosa y arbitrariamente de la contratación, contra el espíritu de la ley y en daño del Estado a personas que ofrezcan las suficientes garantías; pero no debe olvidar tampoco que la representación de los intereses sociales que le está confiada la obliga a adoptar aquellas medidas de precaución y cautela que aconseja la mejor defensa de aquellos intereses”¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ Sentencia de 15 de abril de 1867 (Colección de Jurisprudencia Administrativa 1867 tomo 15, Sentencia núm. 149, p. 958).

¹¹⁶⁸ DELGADO Y MARTIN, E. y ARRIAGA Y DEL ARCO, F., *Contratos Administrativos o de obras y*

En este sentido en 1899, ALZOLA Y MINONDO se quejó de la laxitud con que se selecciona a los contratistas en España. El autor lamenta que mientras aquí no existía más garantía que prestar la fianza, en Francia el contratista debe acudir a la subasta con certificados de capacidad, honradez y solvencia¹¹⁶⁹.

A falta de una regulación general se dejaba a los pliegos la tarea de determinar las circunstancias que incapacitaban al licitador¹¹⁷⁰. Así, en los Pliegos de condiciones generales de 1846 el artículo primero ya afirma que “ninguno podrá ser admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuenta las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción”¹¹⁷¹. Para ello se requiere:

1. Prestar la conveniente fianza. Es decir, lo que hoy llamamos garantía. En ese mismo artículo 1 y en el artículo 2 se recogen tanto la necesidad de fianza provisional como la definitiva.
2. Presentar “título o certificación que acredite su capacidad para dirigirlas por sí mismos, ya sea obligándose a confiar su ejecución a personas facultativas prácticas en las de que se trate, ya justificando su buen cumplimiento en otras contratas de la misma especie”.

Por otro lado, la deficiente preparación de los proyectos ha sido una constante preocupación de los poderes públicos desde que comenzaron los intentos de ordenar la contratación de la Administración a mediados del siglo XIX. La preparación del contrato es la fase más importante de éste, dado que influye decisivamente en su desarrollo. Hasta mediados del siglo XIX, el escaso desarrollo de la Obra pública había permitido llevar a cabo la construcción de las obras sin una regulación muy exhaustiva de la fase de preparación del contrato, es decir, sin la necesidad de un expediente y su proyecto. Asimismo, la escasez de recursos humanos instruidos no permitía avanzar hacia una mayor calidad de los trabajos y la uniformidad de los requisitos. La situación se agravó ante el aumento considerable de la Obra pública a partir de 1850, cuando la llamada época dorada de la Obra pública “sorprendió a la Administración sin personal facultativo suficiente para regirle”¹¹⁷². MONTERDE llega a afirmar que “en el período anterior al año de 1834, las pocas obras que

servicio público, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 33.

¹¹⁶⁹ ALZOLA Y MINONDO, *Historia de las Obras Públicas en España* (1899), Turner, Bilbao, 1979, p.444.

¹¹⁷⁰ DELGADO Y MARTIN, E. y ARRIAGA Y DEL ARCO, F., *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 33.

¹¹⁷¹ Art. 1 de los Pliegos de 1846.

¹¹⁷² MONTERDE, A., "Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras", en *Revista de Obras Públicas*, junio, núm. 11, 1875, p. 135.

se ejecutaron se llevaron a cabo poco menos que sin proyecto”¹¹⁷³.

El surgimiento de los pliegos de condiciones generales y los formularios para su aplicación tienen su origen precisamente en el intento de lograr un expediente de contratación más consistente¹¹⁷⁴. A medida que se perfeccionaba la fase de preparación del contrato, disminuían las deficiencias y con ello disminuían las posibilidades de los contratistas de obtener un aumento a posteriori del precio pactado. Se afirma incluso que el incremento de las exigencias a la hora de definir un proyecto provocaría que “algunos [contratistas] buscarán en las reclamaciones el medio de obtener nuevos abonos, que fuesen el suplemento de ganancias que en otro tiempo hubieran encontrado variando a su voluntad los detalles del trazado y de las condiciones de las obras”¹¹⁷⁵. Retengamos esta idea pues no en vano hoy los contratistas acuden a la reclamación para aquellos conceptos que no han podido hacerse valer a través de modificaciones o adicionales.

Tanto la circular de 18 de mayo de 1842 como la RO de 11 de septiembre de 1843 contienen el mandato de elaborar un expediente particular para cada obra, dentro del cual tiene un protagonismo central el proyecto. La Circular de 18 de mayo de 1842 definía proyecto como “la reunión de los documentos siguientes. El plano general; los planos de detalle que sean necesarios para la completa inteligencia del proyecto; la memoria descriptiva, y el presupuesto”, a lo cual había que añadir los pliegos de condiciones cuando la obra se ejecutase por contrata¹¹⁷⁶. En la Real Orden de 11 de septiembre de 1843 por la que se expide la circular sobre la necesidad de expedientes se observó que por “falta de instrucción se han estipulado obligaciones que no podían ser cumplidas por ninguna de las partes contratantes”¹¹⁷⁷. Como parte fundamental de esa adecuada instrucción se encuentra el “presupuesto a relación detallada de su costo”, que es “el primer dato de donde deben partir las esperanzas racionales de los pueblos interesados, el documento capital en que deben descansar las resoluciones del Gobierno, y fundarse también los cálculos y gestiones de los

¹¹⁷³ MONTERDE, A., “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, en *Revista de Obras Públicas*, junio, núm. 11, 1875, p.123.

¹¹⁷⁴ J. COLÁS TENA, “El itinerario de la contratación pública. De Cádiz a nuestros días”, *Diario del Derecho Municipal*, 2013., p. 3.

¹¹⁷⁵ MONTERDE, A., “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, en *Revista de Obras Públicas*, junio, núm. 11, 1875, p.123.

¹¹⁷⁶ J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, cit., vol. tomo III., p. 159

¹¹⁷⁷ RO de 11 de septiembre de 1843 por la que se expide la Circular sobre la necesidad de expedientes.

particulares que deseen contratar su ejecución”¹¹⁷⁸. Asimismo, en el Informe Subercase de 1844 se pone de manifiesto la necesidad de obtener información suficiente antes de emprender cualquier proyecto¹¹⁷⁹.

Enseguida haremos referencia a la heterogeneidad en el contenido de los proyectos, pero ahora debe mencionarse otro de los problemas a los que tuvo que hacerse frente: la heterogeneidad en la redacción de los proyectos, que variaba de un Ingeniero a otro. Un primer paso para dotar de homogeneidad a su contenido se observa en los llamados Formularios para la redacción de proyectos de carreteras de 1846¹¹⁸⁰, cuyo texto se lamenta de que “los documentos de que se componen los proyectos de obras públicas de caminos, se han formado hasta aquí sin sujeción a reglas determinadas que prescriban la forma en que hayan de redactarse”, por lo que surge “la necesidad de fijar de un modo claro las condiciones esenciales de los citados proyectos”. Dicha formalización de los proyectos limitó la libertad del ingeniero a la hora de elaborarlos, pero tuvo ciertos efectos beneficiosos. En primer lugar, sirvió para acelerar la supervisión de los proyectos (que se llevaba a cabo por el Ingeniero Jefe y por la Junta Consultiva de caminos, canales y puertos). En segundo lugar, para tratar de reducir los inconvenientes producidos por el tiempo transcurrido entre la realización del proyecto y su ejecución, que provocaba que en muchas ocasiones el facultativo redactor y el ejecutor no fuesen los mismos. Ambas circunstancias contribuyeron a reducir las alteraciones durante la ejecución de los contratos¹¹⁸¹.

Es momento ahora para estudiar los documentos que componen el proyecto y cómo han ido evolucionando. Tal como ha quedado dicho, desde 1842 los proyectos giran en torno a varios elementos: los planos, el presupuesto, la memoria y los pliegos son requisitos indispensables. Requisitos que, todo hay que decirlo, suponían un coste considerable a los licitadores, razón por la cual siempre se ha tratado de alcanzar el justo equilibrio. Ejemplo de ello es la

¹¹⁷⁸ RO de 11 de septiembre de 1843 por la que se expide la Circular sobre la necesidad de expedientes.

¹¹⁷⁹ Gaceta de Madrid de 2 de noviembre de 1844

¹¹⁸⁰ Circular a los señores jefes políticos e ingenieros jefes de distrito remitiendo los formularios aprobados para la redacción de los proyectos de obras públicas de caminos, de 28 de abril de 1846; Estos “formularios” tuvieron como consecuencias cosas tan elementales como uniformar el ancho según el tipo de carretera (nacional, provincial, municipal o vecinal) o homogeneizar los términos utilizados para los mismos elementos, que creaba confusiones a la hora de ejecutar los proyectos.

¹¹⁸¹ Tanto los formularios de 1846 como los de 1855 fueron un intento válido, pero deficiente, para uniformar las exigencias de documentación previa. Más efectivos fueron los formularios aprobados el 1 de marzo de 1859, que simplifican enormemente los de 1855. En la misma línea avanzan los pliegos de 12 de febrero de 1878, que incluso añadirá la necesidad de un Informe del Ingeniero Jefe, y de 26 de junio de 1886.

Instrucción de 1845, que excusaba la elaboración de esta información detallada si los costes de obtenerlos eran altos y el beneficio de la obra podía comprobarse por otros medios¹¹⁸².

Entre los documentos exigidos estaban los siguientes:

(i) Los planos generales y particulares necesarios del proyecto.

(ii) El presupuesto; la Ley de Obras Públicas de 1877 prohíbe invertir cualquier cantidad en obras públicas “sino con arreglo a un proyecto debidamente aprobado según las prescripciones de la presente Ley”¹¹⁸³.

(iii) La memoria facultativa del mismo proyecto con la descripción detallada de las obras, y la explicación del sistema o métodos de construcción que han de emplearse, especialmente para vencer las dificultades que en su ejecución se ofrezcan, y el señalamiento de las épocas ó tiempo en que han de darse concluidas en parte o en todo. Se trata, según COLMEIRO, de “un arma en manos de la administración para proteger el interés público contra la inercia, la negligencia o la incapacidad de los empresarios, evitando cualesquiera perjuicios que pudieran sobrevenir de la lentitud en la ejecución”¹¹⁸⁴.

(iv) Los pliegos de condiciones particulares, que serán la “ley del contrato” y cuyo contenido va siendo definido principalmente en las normas de contratación local. En el RD de 1883, el artículo 3 indica que los pliegos deben contener 1) el tipo o precio base; 2) la fianza; 3) las obligaciones y derechos de las partes; 4) fijar las multas y las responsabilidades en caso de incumplimiento. Además, debía expresarse que el contratista podía pedir aumento de precios o si el contrato se ejecutaba a riesgo y ventura del rematante. La redacción de este precepto se mantuvo en los textos de 1905 y 1924¹¹⁸⁵.

(v) El replanteo del proyecto. Uno de los mayores avances que se produjo en el siglo XIX fue la comprobación del replanteo como requisito obligatorio en la formación del proyecto. Fueron los Pliegos de 1886 los que consagraron dicha técnica, si bien encontramos algunos antecedentes previos. Así, en los Pliegos de 1861 era la Administración quién realizaba el replanteo del proyecto presentado en el caso de contratación por administración (concesiones), siendo la Administración la que soportaba el gasto que el replanteo suponía¹¹⁸⁶.

A la hora de referirnos al replanteo son dos los momentos en que éste cobra importancia. Primero, el momento de su realización por la entidad adjudicadora, en la fase de preparación del contrato. Segundo, su comprobación por el contratista cuando le ha sido adjudicado el contrato y se dispone a ejecutarlo.

En 1886 por primera vez se previó el replanteo de las obras. Hasta ese momento no era una

¹¹⁸² Artículo 9 de la Instrucción de 1845.

¹¹⁸³ Artículos 14, 16 y 18 de la LOP de 1877.

¹¹⁸⁴ M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, cit., vol. t. II., p. 58.

¹¹⁸⁵ En 1953 la aprobación del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales completa y perfecciona estos preceptos (art. 23 RCCL).

¹¹⁸⁶ Artículo 8 del Pliego de 1861.

práctica generalizada, si bien sí existía cierta presión en su favor por parte de los ingenieros de la Revista de Obras Públicas¹¹⁸⁷. Hasta entonces la realidad del terreno se comprobaba al comenzar la ejecución, surgiendo imprevistos una vez se habían fijado las condiciones teóricas sobre las que debía ejecutarse el contrato. Eran frecuentes las reclamaciones de los contratistas ante el súbito incremento de los costes, lo cual provocaba la suspensión de las obras hasta la resolución de la autoridad competente y, por tanto, considerables retrasos en el comienzo de las obras. La Exposición de Motivos del Pliego afirma que “la modificación más profunda que el nuevo sistema de contratación introduce en la construcción de las obras es la de hacer el replanteo antes de la subasta”. El artículo 8 señala que el Ingeniero, junto con el contratista, comprobará sobre el terreno el trazado y replanteo de las obras *hecho antes de la subasta o adjudicación*, asegurándose que no existe diferencias entre el proyecto y la comprobación del replanteo. En caso de existir desacuerdo de las partes, el inicio de las obras se suspende hasta que la superioridad resuelva. Ahora bien, no dice nada sobre cómo debe resolver en estos casos. Fue la Junta Consultiva la que se pronunció con posterioridad, considerando que si las variaciones resultantes alteraban las bases del contrato, resultaba una novación del contrato que podía lesionar los intereses de una de las partes¹¹⁸⁸.

Por su parte, el Pliego de 1900 trata de salir al paso de las dilaciones que sufría el comienzo de las obras debido a la suspensión provocada por los desacuerdos al comprobar el replanteo previo. Con estos nuevos Pliegos, los Ingenieros podían autorizar el comienzo de las obras en ciertos casos, y siempre en aquellas partes que no estén afectadas por la discrepancia (artículo 9). Sin embargo, este sistema apenas estuvo vigente. El Pliego de 1903 perfecciona el sistema, estableciendo en su artículo 51 que en caso de discrepancia entre el replanteo y su comprobación, se confeccionará un nuevo presupuesto añadiendo las unidades de obra necesarias, pero manteniendo los precios base del original. Si se produjera una variación del 10% de lo licitado, el contrato quedará rescindido. Si no llegase a dicha cantidad, el contratista comenzará las obras con arreglo al nuevo replanteo.

En la elaboración y supervisión de los proyectos tendrán un papel de creciente importancia los Ingenieros de Caminos, que a la postre serán un instrumento a través del cual la Administración incrementa la tutela ejercida. En ese sentido debe entenderse la necesidad

¹¹⁸⁷ MONTERDE, A., “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, en *Revista de Obras Públicas*, agosto, núm. 16, 1875, p. 181

¹¹⁸⁸ Exposición de Motivos del Pliego de 1903.

de aprobación técnica del proyecto y la competencia exclusiva del Cuerpo de Ingenieros para estudiar los proyectos y dirigir y vigilar su correcta ejecución. Ya desde 1845 la fiscalización del proyecto era llevada cabo por la Dirección General de Caminos, Canales y Puertas, a quién correspondía “Examinar los proyectos, presupuestos y pliegos de condiciones particulares de todas las obras públicas y proponerlas a la Real aprobación, indicando el método para su ejecución merezca la preferencia”¹¹⁸⁹

La creciente complejidad, encaminada a evitar las continuas modificaciones posteriores, provoca que ya en el siglo XIX se hable del nacimiento de la “nueva industria de la formación de proyectos” (art. 33 de la Instrucción de 1845).

El adecuado equilibrio entre coste/flexibilización frente a certidumbre fue perseguido desde el comienzo. Por ejemplo, en la Exposición de Motivos de los Pliegos generales de 1900 se afirma que “todo lo que contribuya a simplificar el trabajo de los proyectos sin perjuicio de la exactitud, a justificar debidamente los precios que se adopten y a que la Administración tenga medios de resolver los conflictos en que se ve cuando se formulan presupuestos adicionales de gran importancia, contribuirá al perfeccionamiento del actual sistema de contratación de las obras públicas”.

Esta flexibilización alcanza su máximo esplendor en la postguerra. Mediante la Ley de 10 de febrero de 1940 se pretende reducir los plazos de aprobación de los proyectos (hasta ahora “no menor de tres meses”) y la salida a subasta de las obras (al menos otros seis). Para ello limita enormemente la participación de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras públicas, reduciendo ésta a confeccionar unos formularios modelo e informar aquellos “expedientes excepcionales”.

Incluso, trámites como el del replanteo y su comprobación, encaminados a prevenir posibles errores, son muchas veces realizados sin la diligencia necesaria. El Consejo de Estado español afirma que la diferencia entre el replanteo previo y la comprobación del replanteo debida a una falta de rigor en la documentación contractual originaria¹¹⁹⁰. Todavía en la segunda mitad del siglo XX se afirma que la omisión del trámite del replanteo previo antes de iniciar el expediente de contratación es uno de los grandes problemas de la contratación

¹¹⁸⁹ Artículo 33 de la Instrucción de 1845.

¹¹⁹⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 149

pública¹¹⁹¹. Incluso seguía siendo necesario que el Consejo de Estado recordase la importancia que tiene tanto el replanteo como el acto de comprobación de éste. Dos actos diferentes que no deben tomarse como una simple reiteración de trámites. El primero se incardina en la preparación del expediente y por tanto “tiene lugar en el proceso de formación de la voluntad administrativa”. Mientras que el segundo se produce una vez formalizado en contrato y antes de su ejecución con el objetivo de que las partes verifiquen la realidad material¹¹⁹².

5.2. Segunda etapa: consagración y asimilación de un modelo (1953-2007). Las necesidades nuevas y las causas imprevistas.

5.2.1. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1953-1955)

Hasta no hace mucho (LCAP 1995) la contratación de los entes locales tenía su propio cuerpo normativo. Ello bebe de una tradición histórica sobre las peculiaridades del ámbito local dentro de la Administración decimonónica española. Ahora bien, con el paso del tiempo la norma local se fue acercando a la estatal, produciéndose una unificación de la regulación esencial durante la segunda mitad del siglo XX¹¹⁹³.

El Decreto de 9 de enero de 1953 que aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, parte de una idea clara: la inalterabilidad del contrato (art. 51), para luego introducir distintas excepciones (“salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes”). Por un lado, la modificación unilateral, por otro los casos de fuerza mayor como excepción al riesgo y ventura, que son los recogidos por los pliegos de 1903 y añade el de aumentos “establecidos por precepto obligatorio”, es decir, el *factum principis*.

La norma positivizó situaciones típicas del contrato administrativo, entre ellas la modificación unilateral. Se regulan variaciones en detalle que no alterasen sustancialmente los pliegos (art. 53), las modificaciones por causas imprevisibles o inevitables o motivos de

¹¹⁹¹ J. LEGUINA VILLA, *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, Universidad Complutense, Madrid, 1978.; el autor considera que son varios los problemas que llevan al despilfarro en la obra pública: la falta de replanteo, la formalización del contrato a pesar de ello e incluso tras realizar la comprobación del replanteo, la inviabilidad del proyecto, los cambios de criterios de la Administración

¹¹⁹² Memoria Consejo Estado año 1990, p. 150

¹¹⁹³ J. L. PIÑAR MAÑAS, “La contratación local”, en Santiago Muñoz Machado (ed.) *Tratado de Derecho Local II*, 1ª, Civitas, Madrid, 1988., p. 1461; más adelante se aprobaría el Texto articulado parcial de la Ley 41/1975 y la LBRL de 1985.

interés público (art. 54) o por razones de peligro para el orden público (art. 55).

En particular es interesante el artículo 54 que recoge la modificación por causas imprevisibles o inevitables o en virtud de motivos de interés público, siempre que no se altere el presupuesto por exceso o por defecto en más de la quinta parte¹¹⁹⁴. Este límite, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, supone una “vuelta a las viejas posiciones, que recuerdan en el Derecho administrativo al nexum del primitivo Derecho civil”, y añade que se abandona “todo el progreso técnico en la materia, que consiste en sustituir el problema de la validez por el de la indemnización en el ejercicio de esta facultad de la Administración para modificar sus contratos”¹¹⁹⁵.

En 1955 se aprobó el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. En lo que a nosotros respecta, el texto destaca por su artículo 127.1, donde explícitamente se afirma que, en los contratos de concesión, la Corporación concedente ostentará, la potestad de ordenar, cuando lo aconseje el interés público: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario. Y a su vez, en el artículo 127.2 se establece que la Corporación deberá “mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual compensará económicamente en el caso de modificaciones ordenadas, y revisará las tarifas y subvención en caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

El texto de 1955 acoge por tanto “la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero” en la medida en que engloba el mantenimiento tanto por *factum principis*, como por la teoría de la imprevisión o el *ius variandi*¹¹⁹⁶. Ahora bien, a pesar de este reconocimiento legal, su aplicación debía ser estricta en tanto que podía tener un impacto negativo sobre el contrato original¹¹⁹⁷.

Así pues, es en el ámbito local donde primero se consagran estas figuras que tanto impacto tienen en la extendida utilización de la modificación de los contratos.

¹¹⁹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, cit., p. 275-276: el autor critica la existencia de auténtico límite a la modificación.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 276; el autor avanza aquí una posición que sería recogida en la LCE: que el tope de 20% fuese no para resolver automáticamente el contrato, sino para que el contratista pudiese potestativamente instar ésta.

¹¹⁹⁶ STSJ de Madrid de 20 de julio de 2006, (rec. 1839/2002).

¹¹⁹⁷ STS, Sala Tercera, 20/05/1999 (EDJ. 10491; MP: Juan José González Rivas) citando sentencias anteriores

5.2.2. La Ley de Contratos del Estado de 1965 y sus modificaciones

Como antes se ha avanzado, a nivel estatal la modificación de los contratos encuentra su primera regulación legislativa en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. Dicho texto se articula sobre las bases establecidas en la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado. Precisamente, en su Base Sexta se contenía lo siguiente:

VI. Al enfrentarse la Ley con el problema del «ius variandi», lo resuelve (...) de perfecto acuerdo con las directrices sobre las que se asienta la reforma; la modificación del contrato sólo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el Ordenamiento jurídico. Se ha razonado anteriormente que cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada, no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o, en definitiva, defectos de previsión. Este es el fundamento del carácter restrictivo que el «ius variandi» debe ostentar en una buena Administración.

No podía llevarse tampoco a sus últimas consecuencias la rigurosa disciplina del derecho de la Administración a modificar el contrato y se prevén los casos de suspensión provisional y definitiva y los aumentos y reducciones del volumen de obra, procurando que su ejercicio, basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece, con el vínculo contraído.

La norma parecía sensible al problema principal de la modificación de los contratos: su abuso. Y para evitarlo se propone establecer unos límites, así como convertir a la modificación de los contratos en un fenómeno excepcional en la vida del contrato. Y todavía más interesante, todo ello como reflejo del actuar de una “buena Administración”, concepto que años más tarde volvería a ser esgrimido como posible solución al problema.

En el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado la modificación de los contratos giraba en torno a dos preceptos, uno de carácter general que reconocía la prerrogativa de modificación, y otro de carácter particular que regulaba la modificación en el contrato de obra. Ello no quiere decir que dicha regulación quedase ceñida al contrato de obra, sino que éste se configura como eje central en la LCE.

Estos preceptos, además, encontraron desarrollo en los Reglamentos Generales de Contratos del Estado aprobados posteriormente, en 1967¹¹⁹⁸ (en adelante, RGCE 1967) y en 1975 (en

¹¹⁹⁸ Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965.

adelante RGCE 1975). Así pues, la modificación del contrato se preveía en el artículo 16 LCE (luego artículo 18) de manera general. Para el contrato de obras en los artículos 48 a 50 LCE y 146 a 155 RGCE 1975. Para el contrato de gestión de servicios en los artículos 74 LCE y 221 y 222 RGCE 1975. Y para el contrato de suministros en los artículos 93 LCE y 269 a 271 RGCE 1975. Dado que el contrato de obras es sobre el que gira toda la LCE, será el que basemos nuestro estudio de la LCE.

El artículo 16 LCE incluía la modificación del contrato como prerrogativa de la Administración, siempre y cuando se lleve a cabo “por razones de interés público” y dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la presente ley”¹¹⁹⁹. Es la primera vez que una norma de rango legal reconocía este poder exorbitante a la Administración, que hasta ahora tenía que apoyarse en otros títulos habilitantes para modificar el contrato¹²⁰⁰.

El artículo 48 señalaba que “una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establece la Ley y su Reglamento. La modificación del contrato deberá ser acordada por la autoridad que reglamentariamente se determine en atención a la naturaleza e importancia de dicha modificación”.

Fue el artículo 149 del RGCE de 1967 el que desarrolló este precepto, estableciendo **los presupuestos habilitantes** de la modificación, a los que debe sumarse el fin de interés público del artículo 16 LCE:

“La Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto. (...)”

Por tanto, ya desde la primera regulación de la *potestas variandi* a nivel estatal se fijan los requisitos habilitantes de la modificación unilateral como son las necesidades nuevas y las causas técnicas imprevistas el tiempo de elaborarse el proyecto. Además de estos dos supuestos, el artículo 50 se refiere a la modificación del proyecto por alteración de las unidades previstas, y sería completado por el artículo 150 del RGCE de 1967, que también regula el caso de introducción de unidades no previstas – precios contradictorios y encargo

¹¹⁹⁹ El artículo 17 señala que las cuestiones litigiosas debían ser planteadas primero ante el órgano competente del Departamento que hubiera celebrado el contrato y sólo entonces ante la Jurisdicción.

¹²⁰⁰ Que es la primera vez lo mantiene A. FUENTES LOSADA, “La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible”, *CEEJ*, vol. 2, Junio, 2014., p. 133.

a tercero si el contratista no acepta.

Además, se establecía por primera vez el examen del Tribunal de Cuentas como mecanismo de control externo de las modificaciones (art. 15), al señalar que “ el Tribunal de Cuentas podrá conocer también de los expedientes de prórroga, modificación, reforma u otra incidencia de los contratos a que se refiere la presente Ley una vez aprobados, cualquiera que sea su cuantía, y procederá con arreglo a su privativa función respecto de las infracciones de todo orden por él observadas”¹²⁰¹.

En definitiva, como se puede observar, las claves del régimen establecido en la LCE son la inexistencia de límites al alcance objetivo de la modificación, la necesaria finalidad de interés público, y los presupuestos habilitantes: 1) necesidades nuevas; o 2) causas técnicas imprevistas el tiempo de elaborarse el proyecto. Más adelante revisaremos cómo interpretaban entonces los operadores jurídicos estas previsiones. Ahora hay que dejar constancia que debido a que las partes solían estar de acuerdo en cuanto a los términos de la modificación y que ésta se producía en la más completa oscuridad, apenas hay sentencias que traten términos como “interés público”, “necesidades nuevas” o “causas imprevistas”¹²⁰². Habrá, pues, que acudir a otras fuentes como son las decisiones del Consejo de Estado o las Juntas Consultivas, y sólo puntualmente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

5.2.3. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y sus modificaciones

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP en adelante), el régimen de modificación no se ve alterado sustancialmente. Esto es más significativo de lo que aparenta ya que la LCAP fue una norma que básicamente se adopta para transponer el Derecho comunitario¹²⁰³, por lo que, al no alterar el régimen de modificación de los contratos, se asumía que nuestra regulación respetaba los principios y normas consagrados en las Directivas.

¹²⁰¹ En 1911 se preveía la fiscalización del Tribunal, pero no para las modificaciones (art. 64).

¹²⁰² C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 78; la autora considera que sólo de forma muy aislada el TS invoca estos requisitos. Y lo hace en la STS 11 de abril de 1984, ar. 1920 en un caso en que el propio concesionario es el que solicita la revisión de tarifas.

¹²⁰³ Ley que “no tiene apenas otro objeto que la incorporación de las Directivas” según señala A. HUERGO LORA, “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 126, abril-junio, 2005., p. 219.

Tras varias modificaciones introducidas en la LCAP, en el año 2000 se aprueba el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Éste a su vez fue desarrollado mediante el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A lo largo de esta evolución LCAP-TRLCAP la regulación de la modificación apenas sufrió cambios importantes. Por ello, partiremos de los artículos del LCAP y mencionaremos los cambios que eventualmente sufren.

La primera novedad frente al LCE que afecta a la modificación es el cambio en la estructura de la norma. La LCAP se aparta de la sistemática de su antecesora, apoyada en el contrato de obras, y pasa a establecer un régimen general, primero, y los diversos regímenes particulares, después. Es por ello que la modificación de los contratos tiene una doble regulación: la general y la específica de cada contrato administrativo. El artículo 60 y 102 LCAP establecen el régimen general, desarrollado más tarde en los artículos 94 a 103 del Reglamento¹²⁰⁴. El régimen específico se recoge en el artículo 146 (contrato de obras; 158 a 162 RGLCAP), 164 (gestión de los servicios públicos), 190 (contrato de suministro), 213 (contrato de servicios de mantenimiento; 198 a 204 RGLCAP), 140 y 250 (contrato de concesión de obras públicas)¹²⁰⁵. A ello hay que sumar el régimen de los contratos privados, que se regían por el Derecho privado.

Esta estructura régimen general - régimen particular se ha mantenido hasta el día de hoy. Ahora nos centraremos en el régimen general, estudiando las especialidades de cada contrato en otra sección.

En su artículo 60 LCAP “Prerrogativas de la Administración” (art. 59 TRLCAP), se recogía la modificación como una de las prerrogativas de la Administración, debiendo de ejercitarse, “por razones de interés público”, a través de un procedimiento establecido, que incorporaba la audiencia al contratista. En el mismo artículo se recogía escuetamente el procedimiento (audiencia al contratista, informe del servicio jurídico –en caso de AGE u organismos vinculados- e informe del Consejo de Estado, en caso de que “la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio original del contrato y éste

¹²⁰⁴ No consideramos modificación del contrato la revisión de precios que realiza el Reglamento.

¹²⁰⁵ El contrato de concesión de obras públicas se introdujo a través de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

sea igual o superior a 1.000.000.000 pts”)¹²⁰⁶. Esta previsión no cambia en el artículo 59 TRLCAP.

El procedimiento que se completaría en los artículos 97 y 102 RGLCAP. Se establece de nuevo el expediente contradictorio, y exige resolución motivada del órgano de contratación. Asimismo, no exige la suspensión de la ejecución. El 102 RGLCAP considera que “cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.

Por su parte, el artículo 102 LCAP, de “Modificaciones de los contratos” (art. 101 TRLCAP) establecía los **presupuestos habilitantes**, señalando que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones “por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. Este precepto es una combinación del anterior artículo 16 LCE (prerrogativa por razón de interés público) y el desarrollo reglamentario de éste, es decir, el artículo 149 RGLCE. Sin embargo, donde éste decía “necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto. (...)”, el nuevo artículo 102.1 LCAP tan sólo dice “causas imprevistas”, sin quedar restringidas a causas técnicas. Y tampoco hace referencia a la coletilla “imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto”, sino sólo a “imprevistas”.

Así pues, el concepto jurídico se vuelve más indeterminado si cabe, ampliando el margen de apreciación para poder modificar el contrato. Tanto que incluso se llegó a decir que los dos presupuestos (“necesidades nuevas o de causas imprevistas”) se aplicaban indistintamente¹²⁰⁷. ABAJO QUINTANA aventuró que la posible diferencia radicaba en que necesidades nuevas hacía referencia a elementos aparecidos después de la adjudicación y que surgen en la ejecución del mismo, pero de carácter externo al contrato. Mientras que causas imprevistas hace referencia a elementos en el seno del contrato, pero que no pudieron

¹²⁰⁶ La redacción de esta letra corresponde a la establecida por Ley 53/1999, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre de 1999).

¹²⁰⁷ L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª, Civitas, Madrid, 2004., p. 589; en ese sentido también J. E. GARCÍA DE LA MATA; J. G. PIPAON PULIDO, “Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público”, cit.

preverse¹²⁰⁸.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introduce algunas novedades. Su Exposición de Motivos señala que con el objetivo de “incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación” se establecen “mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos”, a través de las siguientes medidas: 1) “Limitaciones expresas por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades del contrato con independencia de su repercusión presupuestaria”; 2) “La supresión de la posibilidad de prórrogas tácitas en los contratos administrativos”; 3) “Regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria, introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que pueden desvirtuar la competencia”; 4) “La exigencia de un mayor rigor en los proyectos”; 5) “El establecimiento de un régimen más estricto para la contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de las obras correspondientes”; 6) “El establecimiento de un régimen más estricto para la posible aplicación del procedimiento negociado en la adjudicación de obras complementarias”; 7) Informe adicional de la Dirección General de Presupuestos en determinados casos.

Lo cierto es que en la práctica el cambio de mayor magnitud fue establecer que el parámetro para medir las modificaciones sería el precio primitivo del contrato y no a éste y sus modificaciones. También el hecho de exigir que las obras complementarias estuvieran formadas al menos en un 50% de su presupuesto por unidades del contrato principal – art. 141 TRLCAP, exigencia ahora inexistente.

La LCAP, por tanto, no trajo consigo un cambio en la mentalidad. De hecho, el mismo año en que se aprobaba el TRLCAP el Tribunal Supremo seguía afirmando que el interés público no podía quedar constreñido por el clausulado del contrato, a la vez que mantenía que el uso de la modificación unilateral debía ser excepcional¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸ J. J. ABAJO QUINTANA, “Comentario a los artículos 59 y 60”, en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002., p. 634.

¹²⁰⁹ STS, Sala Tercera, 01/02/2000 (Ar.318; MP:Oscar González González).

5.2.4. La consagración del modelo de modificación unilateral y las dos líneas doctrinales sobre los requisitos.

Como hemos comprobado, durante la segunda mitad del siglo XX se consagra en España un modelo de modificación de contratos basado en la prerrogativa de modificación unilateral, esto es, en el llamado *ius variandi* o *potestas variandi*.

La posibilidad de modificar el contrato por mutuo acuerdo de las partes es la opción existente en Derecho civil, así como en la contratación pública en algunos países de la esfera anglosajona. Sin embargo, en otros países la fórmula que se fue imponiendo para modificar los contratos fue la de la modificación unilateral por parte de la Administración. Aunque esta afirmación debe ser matizada, en tanto que existen casos de modificación unilateral en el Derecho civil, lo cierto es que lo habitual en las relaciones entre particulares es la modificación convencional.

Jurisprudencia y doctrina coinciden en afirmar que la potestad de modificación unilateral “es una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el *pacta sunt servanda*”¹²¹⁰. Aunque parte de la doctrina entiende que dicha posibilidad está presente en la contratación civil, lo cierto es que es en la contratación pública donde encuentra mayor recorrido¹²¹¹, siendo considerada “regla exorbitante por excelencia en la contratación administrativa”¹²¹².

Por supuesto, un contrato privado puede incorporar cláusulas que confieran determinados poderes de modificación (nunca ilimitados si nos atenemos a los principios antes mencionados, entre otros el artículo 1256 CC). Así ocurre en países donde la Administración contrata utilizando el Derecho civil: allí adquiere poderes de modificación *ex contractu*. Pero lo peculiar en el contrato administrativo es la existencia de estos poderes *ex lege*.

La justificación que encuentra esta figura es similar en todos los países donde la *potestas*

¹²¹⁰ STS, Sala Tercera, 28/07/1987 (Ar. 7689; MP: Francisco Javier Delgado Barrio) ; A. B. CASARES MARCOS, “Equilibrio económico”, cit., p. 1337: la “especialidad más llamativa de los contratos administrativos frente a los privados”.

¹²¹¹ Algunos autores señalan que la potestad de modificar unilateralmente el contrato está reconocida en el Derecho civil al *dominus operis* (art. 1593 y 1594 CC), que si puede desistir unilateralmente cuanto más podrá modificar el contrato S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 401.

¹²¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit.

variandi se consolida, y no es otra que la necesidad de la Administración de dar correcto cumplimiento a los intereses públicos. Si éstos requieren de una modificación, la inmutabilidad dogmática de la relación contractual no debe ser un impedimento. O mejor dicho, la posición del contratista no debe ser impedimento para alcanzar el interés público. Ahora bien, este poder unilateral va acompañado de ciertas garantías para la otra parte, de límites y de requisitos. Por un lado, como hemos dicho, no se trata de un poder totalmente discrecional, sino que es expresión de una potestad reglada. Por otro, el principio de compensación integral debe ser respetado. PARADA acertadamente dice que parece como si las reglas de la contratación administrativa se resumieran en dos: “de una parte, la Administración hace y deshace, compone, modula y arregla a su criterio las prestaciones debidas por el contratista y, de otra, que éste tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual”¹²¹³.

La postura más común es asegurar que la potestad de modificar unilateralmente el contrato es una manifestación del principio de autotutela, esto es, de la capacidad de la Administración de dictar actos y ejecutarlos sin impetrar el auxilio judicial. Así, se trataría de un reflejo del *imperium* que acompaña a la Administración en toda su actividad¹²¹⁴ y no tendría origen en el propio contrato¹²¹⁵. La consecuencia de ello es que no necesita pactarse¹²¹⁶, y tampoco podría renunciarse a ello en los pliegos del contrato¹²¹⁷. Como perfectamente la caracteriza ESTEVE PARDO, la *potestas variandi* no es más que la “facultad de decisión unilateral congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que al proyectarse sobre el contrato administrativo le imprime ese carácter de mutabilidad”¹²¹⁸.

Otra postura ha considerado que la modificación unilateral es “una aplicación particular de

¹²¹³ J. R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989., p. 204.

¹²¹⁴ A. CARRETERO PÉREZ, “El contrato administrativo ante la Ley de Bases de contratos del Estado de 28-XII-1963”, *Revista de Administración Pública*, vol. 45, septiembre-diciembre, 1964., pp. p.162; también L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit., p. 577.

¹²¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 4ª ed., p. 635: “no resulta del contrato, sino de la posición general de la Administración”; en el mismo sentido J. . PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit.

¹²¹⁶ Se ha llegado a considerar que se trata de una cláusula inserta implícitamente en los contratos de la Administración. Cfr. ÁLVAREZ-GENDIN, S., *Doctrina jurídica sobre los contratos del Estado y de la Administración Local*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1969, p. 37. En este sentido también GARRIDO en su Tratado.

¹²¹⁷ Así se pronuncia ARIÑO, que considera que una cláusula que así dispusiera sería nula. G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit.;p. 225.

¹²¹⁸ J. ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Marcial Pons, 2015., p. 7.

la genérica potestad de la Administración de expropiar, previa indemnización, los derecho y situaciones jurídicas de los particulares”¹²¹⁹. Se trataría de una potestad de la Administración que surge fuera del contrato. Por esa razón no parece correcta la denominación que suele darse en España: el *ius variandi* de la Administración. Esta precisión terminológica fue apuntada por ARIÑO, que observó que no se trata de un “ius”, esto es, de un derecho subjetivo de la Administración en el seno de una relación jurídica, sino de una potestad de la cual el órgano se encuentra investido por la ley¹²²⁰.

Una tercera visión considera que la Administración puede modificar las cláusulas en la medida en que éstas no tienen naturaleza contractual, sino que se trataría de verdaderas disposiciones reglamentarias¹²²¹.

Que nazca o no en el contrato tiene repercusiones. Como señala GIANNELLI, considerar que proviene de la autotutela o no importa en la medida en que si viene de dicha potestad debe entenderse el poder de modificación unilateral como un poder no tipificado (mutabilidad implícita y atípica), frente a modelos en los que se fije taxativamente su utilización¹²²².

Ahora bien, esta distinción debe ser matizada en virtud del principio de vinculación positiva de la Administración a la Ley. El carácter de prerrogativa es por lo que el *ius variandi* es “inalienable e intransferible, irrenunciable o indisponible, imprescriptible y de ejercicio obligatorio” cuando el interés público lo requiera¹²²³.

Así, dicha potestad, por su exorbitancia, ha sido calificada de reglada, limitada, instrumental y excepcional. Reglada en la medida en que su ejercicio está sometido a reglas prefijadas que limitan la libertad de actuación de las partes contratantes. Así, por ejemplo, está

¹²¹⁹ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., vol. II., 6ª ed., 1982, p. 113; lo mismo que E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 4ª ed., p. 682: “...el *ius variandi* de la Administración no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general”.

¹²²⁰ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 227.

¹²²¹ DUGUIT en “Las transformaciones del Derecho público”; en este sentido entre nosotros *Ibid.*, p. 228 ARIÑO: es consecuencia de la presencia en el contrato de elementos reglamentarios; “toda relación contractual conlleva un quantum de modificabilidad que pugna con el molde clásico de la figura y que no es sino la presencia en ella de elementos reglamentarios”. “La irrevocabilidad típica de las situaciones contractuales – pacta irrevocabilia fiunt- quiebra en los de naturaleza administrativa en cuanto en éstas hay determinados aspectos que conservan esa nota típica de lo reglamentario: su permanente modificabilidad”

¹²²² A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*, cit., p. 51.

¹²²³ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 112.

condicionada a que se den unos requisitos habilitantes sin los cuales no puede ejercitarse. Es decir, que considerar reglado su ejercicio “supone eliminar espacios de libertad, autodeterminación y poder de disposición sobre las bases del contrato”¹²²⁴. Instrumental, porque sólo puede servir para satisfacer el interés público. Tanto es así que se considera que la potestad deriva de “las inexorables e indisponibles exigencias del interés público (...)”¹²²⁵. La instrumentalidad de la contratación pública en general tiene su reflejo particular en la potestad de modificar unilateralmente el contrato para adaptarlo a los fines de interés público que se pretendía alcanzar al firmar el contrato. Limitada ya que, como cualquier potestad o prerrogativa, está sometida a límites procedimentales y materiales. En el caso de la *potestas variandi*, como se verá, la línea mayoritaria ha considerado que no operaba límite alguno, más allá de un umbral máximo de alteración, superado el cual, el contratista podría rescindir el contrato. Excepcional por cuanto supone una quiebra del principio de obligatoriedad del contrato que recordemos rige también en la contratación administrativa¹²²⁶. Ahora bien, en torno a la excepcionalidad y el carácter limitado de la modificación del contrato se desarrollan dos líneas doctrinales divergentes. El estudio de la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado ofrece una constante tensión entre la consideración de esta potestad como un poder “ilimitado en extensión e intensidad”¹²²⁷ o como “limitado o restringido”¹²²⁸. Incluso se observa cierta esquizofrenia en alguno de los órganos implicados. Llegó un momento que el Consejo de Estado de manera sistemática en sus Memorias anuales denunciaba la situación, pero a la vez, en muchos de sus dictámenes evitaba analizar la modificación más allá de si hay un interés público o no, obviando los presupuestos habilitantes.

Por un lado, la postura mayoritaria defendía que la modificación del contrato debía ser una posibilidad siempre al alcance la entidad adjudicadora en tanto que servía para alcanzar el objetivo de interés público perseguido con el contrato. Pero, por otro lado, en la segunda mitad de los ochenta y principio de los noventa comenzó a ser cada vez más habitual las decisiones que perseguían limitar la posibilidad de modificar los contratos. Estas decisiones se apoyaban en el principio licitatorio como principio básico de la contratación, y entendían que aceptar la modificación indiscriminada de los contratos podía distorsionar la

¹²²⁴ J. AVEZUELA CÁRCCEL, “Los principios generales de la contratación pública”, cit., p. 23.

¹²²⁵ STS, Sala Tercera, 28/07/1987 (Ar. 7689; MP: Francisco Javier Delgado Barrio).

¹²²⁶ Informe 71/1999 de la JCCA de 11 abril 2000, el principio es matizado por mutabilidad.

¹²²⁷ STS, Sala Tercera, 09/04/1985 (Ar.2858; MP: Manuel Gordillo García).

¹²²⁸ Dictamen del Consejo de Estado núm. 45238, de 12 de mayo de 1983; también señala que la figura de la modificación debe ser excepcional los Dictámenes número 45717/1983 y 53930/1989.

competición llevada a cabo.

Dentro del primer supuesto, esto es, aquellos casos que consideran la posibilidad de modificar como ilimitada no es raro leer que “el poder de modificación es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”¹²²⁹.

El caso extremo es el que considera la modificación del contrato como una potestad ajena al contrato. Al desvincularla del contrato, la potestad se sitúa en la forma común de actuar de la Administración. El Tribunal Supremo señaló expresamente que la modificación unilateral “es una potestad constitutiva de poder público cuyo ejercicio le pertenece en cuanto Administración, de naturaleza extracontractual”¹²³⁰. Tanto es así que un pacto que imposibilitara a la Administración hacer uso de esta potestad sería nulo¹²³¹. Como observa MORENO MOLINA el objetivo fundamental del sistema de contratación español era la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, por lo que se trataba de una legislación basada en el contrato administrativo y defensora de las prerrogativas¹²³².

Existen casos en que el Consejo de Estado informa favorablemente a pesar de observar él mismo los muchos defectos del contrato (“circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas”). Por ejemplo, el Dictamen 3289/2002 ilustra bien este punto. Se trata de un contrato de obras para el acondicionamiento de la carretera AS-18 Oviedo-Gijón por valor de cerca de 1.200 millones de pesetas¹²³³. Durante la ejecución se requieren varios proyectos modificados y varios complementarios que elevan el precio 354 millones. En ese momento se plantea un cuarto modificado para estabilizar el talud que afectaba a la estructura de la obra cuyo valor era de 70 millones. Sólo informó desfavorablemente la asesoría jurídica. Tras recordar que la modificación sólo se puede llevar a cabo cuando sea consecuencia de necesidades nuevas o causas técnicas, el Consejo de Estado se pronuncia en los siguientes términos

¹²²⁹ STS, Sala Tercera, 09/04/1985 (Ar.2858; MP: Manuel Gordillo García).

¹²³⁰ STS de 30 de marzo de 1978, Ar. 1560.

¹²³¹ Informe 25/1982 de la JCCA de 1 de julio; en este sentido también C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 30.

¹²³² J. A. MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 25, 2010., p. 157).

¹²³³ Dictamen del Consejo de Estado, 3289/2002, de 5 de diciembre de 2002.

Pues bien, en el presente caso, el Consejo de Estado percibe, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que la modificación propuesta puede estar justificada, tal como aprecian los órganos técnicos y administrativos preinformantes, en la medida que supone una mejoría de las características de la obra y parece ser indispensable para su conclusión, sin que, por lo demás, resulte fundado el reparo opuesto por la Asesoría Jurídica, razón por la cual este Consejo no informa desfavorablemente el proyecto modificado.

Ahora bien, el Consejo de Estado debe subrayar que la propuesta de modificación consultada, aun siendo necesaria, es en buena medida, al igual que las precedentes, el resultado de los defectos e imprevisiones del proyecto inicial, y se refiere, por tanto, a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, de ahí que convenga recordar la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obras o a la aprobación de proyectos de obras complementarias; pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Esta primera línea doctrinal persigue por tanto la consecución del interés público entendido como aquello que permite ejecutar el contrato a toda costa. Un ejemplo de la interpretación laxa de los requisitos para modificar es el que proporciona el Dictamen 1834/1995 de Modificación del contrato de obras “Acondicionamiento de la N-240 Tarragona a San Sebastián”. El contrato se adjudicó en 1991, previa justificación de la baja temeraria del contratista adjudicatario. En 1993 la Demarcación de Carreteras solicitó autorización para redactar un proyecto modificado de obras, justificándolo en defectos de medición del proyecto, necesidades surgidas para adaptar las obras proyectadas a las condiciones reales del terreno, como aparición de cuñas de aglomerado no previstas en el proyecto o necesidad de saneos no previstas, necesidad de realizar más desvíos de los previstos para mantener el tráfico durante la ejecución de la obra, etc. Se autoriza la redacción del proyecto, el cual se valora, y se adjunta acta de precios contradictorios. En total alcanza un valor del 61,95% del precio original. La Subdirección General de Construcción lo informa favorablemente; el inspector general también – e indica que dichas obras ya se encuentran en avanzado estado de ejecución; la Oficina de Supervisión informa favorablemente; el Consejo de Obras Públicas informa favorablemente; Servicio jurídico e Intervención también.

Llega así al Consejo de Estado: un proyecto de modificado, en parte ya ejecutado y que ha recibido aprobación de los órganos informantes. El Consejo de estado comienza como en otras ocasiones, explicando su doctrina al respecto y declarando la excepcionalidad que debe

regir en la técnica de la modificación de contratos (cita los Dictámenes de 17 de junio de 1983, 29 de noviembre de 1984). Continúa con la observación de que no existen límites cuantitativos a la modificación cuando media la conformidad de ambas partes (Dictamen 13 mayo 1982).

Sigue con la necesidad de justificar las causas que provocan la modificación. En este caso el Consejo de Estado “percibe que determinadas previsiones de la modificación proyectada comportan una mejora en las características básicas de la obra”. Pero ello no impide subrayar que “la necesidad de la mayoría de las modificaciones es el resultado de las deficiencias del proyecto inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración”. Y señala que ello es predicable “de los defectos de medición, la ausencia de estudios geológicos y de tráfico, la correcta verificación de las condiciones reales del terreno, así como de otros extremos previsibles al momento de confeccionar al proyecto”. Llegado a este punto uno se pregunta cómo ese proyecto salió adelante. Se subraya la necesidad de “extremar el rigor a la hora de observar las prescripciones técnicas, en las fases de elaboración y aprobación del proyecto originario de las obras”. Sin embargo, contra todo pronóstico el Consejo de Estado informa favorablemente y lo hace en base a lo siguiente:

“Entiende este Alto Cuerpo Consultivo que, de la apreciación conjunta de las actuaciones practicadas, se deriva la necesidad de asumir la modificación de las antedichas previsiones técnicas del proyecto inicial y la improcedencia de la resolución del vínculo contractual, habida cuenta de la conformidad prestada por la empresa contratista y de los eventuales efectos perjudiciales -posible aumento del coste e interrupción de las obras- que dimanarían de la extinción y consiguiente constitución de un nuevo vínculo contractual.”

Es decir, que a pesar de todo, el coste de la posible resolución es lo que empuja al Consejo de Estado a tomar su decisión. Pero con ello no acaba el asunto ya que el Alto Cuerpo consultivo decide amonestar a la entidad por la ejecución del modificado antes de su aprobación.

Sobre la ejecución previa a la aprobación dirá que “no puede pasar por alto este Consejo de Estado las circunstancias especialmente graves que han jalonado el proyecto modificado sometido a consideración, dado que la mayor parte de las obras cuya modificación se tramita han sido ya ejecutadas (...) Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las

prescripciones legales, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas y aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado”. Pero de todo ello no derivan más que lo siguiente:

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aunque en la situación a que se ha llegado - con mejora en las soluciones técnicas advertida por los órganos técnicos informantes- puede aceptar la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación, debe señalar, con especial énfasis que ello no enerva el valor esencial de las consideraciones efectuadas -habida cuenta de la mala calidad y deficiencias técnicas advertidas en el proyecto de obras originario- ni releva a ese Departamento de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir.

Otro ejemplo de la interpretación laxa por parte del Consejo de Estado es el del Dictamen 1459/1991 de modificación del contrato de construcción de comedor universitario en la Universidad de Palma de Mallorca. Las obras se adjudican en diciembre de 1989, firmándose en enero de 1990 el acta de replanteo. Sin embargo, en junio de ese mismo año, esto es, menos de 6 meses después del comienzo de las obras, éstas se suspenden y se autoriza la redacción de un proyecto de modificado: partidas que por causas técnicas no fueron previstas en el proyecto primitivo, diferencias por error de medición y unidades nuevas que es preciso introducir por la indefinición general del proyecto. Surge, además, la necesidad de aumentar el sótano-almacén debido al aumento de la población escolar. Así se desglosa su valor: ejecución material: 75 millones; gastos generales del 13%: 9,7 millones; beneficio industrial del 6%: 4,5 millones; IVA del 12%: 10,7 millones; baja de la subasta del 2.5%: 2,5 millones. En total, unos 97 millones en un proyecto que fue adjudicado por 150 millones (64,62%) menos de 6 meses antes.

Pues bien, la Oficina de Supervisión de proyectos informa favorablemente; Servicio jurídico del Estado informa favorablemente; Intervención informa favorablemente. Pues bien, el Consejo de Estado se limita a señalar que “las explicaciones procedentes de la Universidad y los razonamientos vertidos en lo actuado sitúan sustancialmente lo acaecido en la novedad de las necesidades y en la imprevisión consiguiente inicial de lo que ahora debe ser atendido (...). Que puede aprobarse la modificación del contrato a que se refiere la consulta, debiendo exigirse al contratista el aumento proporcional de la fianza”. Y ya está. No hay más pronunciamientos ni sobre el proyecto ni la falta de previsión. Sencillamente se informa

favorablemente.

O sencillamente cuando se justifica la modificación por el coste que supondría no realizarla. Así, por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado 53888 de 14 septiembre 1989 acepta un aumento del 46% ya que está justificado en el retraso de un nuevo contrato y el mayor coste de las obras si se volviese a licitar o en el Dictamen 424 2 abril 1992, que se justifica por el retraso que se produciría.

La reacción a esta postura tardaría en llegar. Poco a poco comenzaron a darse pronunciamientos contra el modelo establecido, primero de forma aislada y luego más generalizada. A finales de los 80, comienzos de los 90 se va asentando un cuerpo doctrinal que sin ser mayoritario sí que es significativo de la reacción contra el abuso de los modificados. HORGUÉ BAENA observa que la visión de la modificación como algo que debe ser controlado se va imponiendo, debido, en parte, “el clima de corrupción de la vida pública reciente”¹²³⁴.

De esa manera el Tribunal Supremo llama la atención sobre el impacto de las modificaciones en la licitación inicial (STS 25 septiembre de 1980, ar. 3451). También el Tribunal entiende que la modificación no puede “afectar a las estipulaciones esenciales del contrato”¹²³⁵.

En la jurisprudencia menor también encontramos casos en los que se exige que concurren las causas que justifiquen la modificación, analizando éstas de manera estricta. Se habla incluso de “acreditación suficiente” de la concurrencia de las causas¹²³⁶.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncia en estos términos. Por ejemplo, cuando se le consulta sobre la posibilidad de prorrogar o modificar una concesión de abastecimiento de agua potable ante determinadas inversiones del concesionario:

“(…) En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente

¹²³⁴ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 139.

¹²³⁵ STS, Sala Tercera, 28/02/1989 (Ar.1461; MP: Benito S. Martínez Sanjuán).

¹²³⁶ STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, 07/05/2007 (EDJ.77040; MP: Juan Ignacio Pérez Alférez).

por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)”.

4. En el presente informe debe señalarse que el contrato se adjudicó por un plazo de diez años, que vence el 1 de abril de 2006, sin que en los pliegos ni en el documento de formalización del contrato esté prevista prórroga alguna, por lo que debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la realización de obras en período de prórroga no prevista puede ser un sistema de eludir el plazo taxativo de duración del contrato de diez años, cuando dado el inminente vencimiento del contrato, dichas obras pueden ser encajadas en el nuevo contrato que necesariamente se ha de adjudicar”¹²³⁷

En esa línea, el Informe 18/06 JCCA recoge un caso de un contrato de gestión de servicio público relativo al estacionamiento regulado en superficie (ORA) en que el Ayuntamiento de Majadahonda quiere saber cómo actuar si a través de Ordenanza se aumenta el área sometida a dicho régimen de estacionamiento regulado. La JCCA considera que es posible la modificación del contrato, si bien es preferible acudir a la nueva licitación en vista de los criterios restrictivos que deben guiar la modificación del contrato: exigencia de causas justificativas y respeto al principio licitatorio¹²³⁸.

Aunque son muchos los pronunciamientos que hablan de la modificación como una posibilidad excepcional, que debe estar suficientemente justificada ante la regla general de resolución del contrato¹²³⁹, en la práctica se seguía decantando la balanza en favor de la modificación y a costa del principio licitatorio¹²⁴⁰.

La causa de la existencia de estas dos líneas doctrinales sobre la utilización de la prerrogativa de modificación unilateral es que ésta se apoya en conceptos jurídicos indeterminados. Así pues, a pesar de ser una potestad reglada, lo cierto es que se deja margen de apreciación para dotar de contenido a dichos conceptos. La condición necesaria para modificar el contrato era la existencia de un interés público. Pero esta condición, necesaria, pero no suficiente, debía completarse con la concurrencia de causas técnicas imprevistas –causas imprevistas tras la

¹²³⁷ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 7/06, de 24 de marzo de 2006; cita también la interpretación estricta del Informe JCCA 50/03 de 12 de marzo de 2004.

¹²³⁸ Informe 18/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 18 de diciembre de 2006; dicho informe cita otros de carácter restrictivo como el 50/03; 7/06.

¹²³⁹ Dictamen del Consejo de Estado 47126, 5 diciembre 1984.

¹²⁴⁰ I. GALLEGÓ CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, cit., AEPDA, p. 2.

reforma de 1995-, o por necesidades nuevas¹²⁴¹. Veamos cómo se interpretan estas cuestiones.

Respecto al concepto de **necesidades nuevas**, VÁZQUEZ MATILLA lo entiende como aquellos “elementos aparecidos después de la perfección del contrato, que surgen en la ejecución del mismo, pero no necesariamente como consecuencia de la ejecución propiamente dicha sino más bien por la interacción de elementos externos o ajenos a dicho contrato”¹²⁴²

Se ha considerado que concurrían necesidades nuevas en la modificación de un contrato de obras que suponía un incremento en el número de camas de un hospital provocado por un aumento de la demanda hospitalaria, y ello apenas dos años después de la adjudicación¹²⁴³.

En el mismo sentido cuando el aumento en el número de estudiantes aconseja modificar (65%) el contrato de construcción de sótano-almacén en la Universidad de Palma – sólo 5 meses después de adjudicarse el contrato¹²⁴⁴.

O, cuando el aumento del tráfico obliga a desdoblar la calzada en todo el trazado y no sólo en una parte como estaba previsto¹²⁴⁵.

El Tribunal Supremo, dentro de esta línea laxa, ha admitido que concurren necesidades nuevas cuando, en una concesión de servicios de limpieza viaria, surge la necesidad de ampliar al ámbito de dichos servicios a nuevas zonas no contempladas en el contrato original, y se acuerda ampliar el plazo para compensar el aumento del área de los trabajos¹²⁴⁶.

Las necesidades nuevas cuando se trata un modificado que recoge acciones que eran del todo previsibles para poder completar la obra, tales como las instalaciones eléctricas, la

¹²⁴¹ Muchas resoluciones entendieron que con que existiese un interés público ya era suficiente (es el caso de la línea jurisprudencial laxa). En otros casos se observa la concurrencia de estos dos requisitos, pero sin que el análisis llegue a ser muy exigente al respecto. Por último, aquellos casos en que además de exigir la concurrencia de los requisitos se lleva a cabo un análisis estricto de ellos.

¹²⁴² J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 125.

¹²⁴³ Dictamen del Consejo de Estado, 1580/1991, de 14 de noviembre de 1991.

¹²⁴⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 1459/1991, de 19 de diciembre de 1991.

¹²⁴⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 257/1992, de 29 de julio de 1992.

¹²⁴⁶ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP:Enrique Lecumberrí Martí).

iluminación, los revestimientos, las carpinterías o la instalación de protección contra incendio, sin los cuales, por cierto, el inmueble no puede ser utilizado¹²⁴⁷. Por ejemplo, en la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo aplicando la LCE, donde se discute la legalidad de la ampliación de un contrato para la recogida de residuos sólidos urbanos de limpieza viaria a nuevas áreas. Los Concejales lo impugnan no sólo por no haberse esperado al Informe del Consejo de Estado, algo que analizaremos en su momento, pero que ya adelantamos que el TS consideró susceptible de convalidación, sino también se impugna por considerar que no concurren las causas justificativas para la modificación. Pues bien, el Tribunal razona lo siguiente:

“No compartimos la tesis de los demandantes, pues estando acreditado en el expediente -hecho no discutido en autos- la necesidad del Ayuntamiento de Alcalá de Henares de ampliar el ámbito de los servicios de limpieza viaria y recogida de los residuos sólidos urbanos a zonas y barrios no contempladas en el contrato original de 1993, celebrado con la entidad mercantil Urbaser, S.A., es incuestionable que objetivamente ante estas nuevas circunstancias la Administración tuvo que solucionar el grave problema que se ocasionaría a unos munícipes al privárseles de un servicio básico, esencial y obligatorio para la Corporación municipal; de ahí la pretendida modificación contractual, que fue acordada con el beneplácito y aquiescencia del concesionario, se enmarca dentro de las facultades que tiene la Administración, de la que una de sus manifestaciones es el *iuris variandi*, pues la modificación pretendida, como razona el Consejo de Estado, consistía básicamente en alterar el plazo del contrato, prorrogándolo hasta el año 2009 en lugar de mantenerlo hasta el 2001, como se convino inicialmente.

Facultad que se ejerció dentro del marco normativo de la Ley de 8 de abril de 1995, vigente a la fecha en que se formalizó el contrato que nos ocupa, en cuyos artículos 18 y 74 autorizan al órgano de contratación, entre otras, a «modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley...»¹²⁴⁸.

Tampoco son necesidades nuevas aquellas circunstancias que de una u otra manera ya se apuntaron durante el procedimiento de adjudicación. Es lo que ocurre en el caso de la concesión de autobuses de Benidorm en la que al elevar la propuesta de adjudicación de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento a la Dirección General de Transportes, ésta emitió informe en la que rechazó “que los ingresos derivados de la utilización de la estación de autobuses por el servicio discrecional y el denominado “check-in” puedan contemplarse dentro del balance económico de la concesión”. Pues bien, la concesión se adjudicó y ya en fase de ejecución, la concesionaria presentó proyecto para reequilibrar la concesión considerando que estaba desequilibrada por haber atendido las condiciones de la DG de Transportes. Lo curioso del asunto es que el Técnico de contratación del Ayuntamiento

¹²⁴⁷ Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 371/11, de 6 de julio de 2011.

¹²⁴⁸ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP: Enrique Lecumberri Martí)

consideró que se trataba de causas “que no podían ser previstas de antemano”. La Sala, tras recurso de uno de los licitadores apartados en la adjudicación inicial, consideró “que las circunstancias en que se apoya la Administración para justificar la modificación son los óbices jurídicos que la Dirección General de Transportes detecta en la proposición de la adjudicataria. Tales óbices distan mucho de ser “necesidades nuevas” para interés general o “causas imprevistas” o sobrevenidas, pues los mismos debieron ponderarse y detectarse durante el procedimiento de adjudicación, antes de la formalización del contrato originario”¹²⁴⁹.

Respecto al concepto de **causas técnicas imprevistas**, se interpretó por el Consejo de Estado de manera cambiante. Si “necesidades nuevas” se refiere a los elementos nacidos por la interacción de elementos externos, las causas técnicas imprevistas surgen dentro del contrato¹²⁵⁰.

Algunos ejemplos de causas que se han considerado causas técnicas imprevistas son el hallazgo de rocas en el subsuelo en proporción superior a la prevista¹²⁵¹, la existencia de elementos de patrimonio histórico¹²⁵². Se considera también que concurre esta circunstancia cuando, en un contrato de demolición y construcción, los estudios geotécnicos realizados tras la demolición muestran terreno de diferente condición, algo que no pudo saberse ya que los estudios geotécnicos previos estaban limitados por la existencia del propio edificio¹²⁵³.

¹²⁴⁹ STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 23/10/2007 (Ar. 78422; MP: Rafael Pérez Nieto): “Ocurre que las novedades técnicas, económicas y jurídicas introducidas por el Acuerdo de 28-3-2003, con relación al contrato originario, son de un calado tal que impiden considerar que estemos ante una mera modificación del segundo. Tratamos de un contrato de concesión nuevo, por lo tanto de una nueva adjudicación, dispuesta a partir de la otra oferta por parte la adjudicataria del contrato original, oferta que fue considerada, negociada, tramitada y aceptada al margen de los procedimientos de concurrencia legalmente establecidos, impidiéndose con ello que otros interesados pudiesen presentar ofertas ante las nuevas condiciones de contratación dispuestas por el Ayuntamiento. Así pues, el Acuerdo de 28-3-2003 ha de tenerse como una adjudicación nueva y encubierta del contrato de concesión, por lo tanto contraria a Derecho, de ahí que debemos estimar el presente recurso contencioso-administrativo.”

¹²⁵⁰ Las diferencias entre ambos conceptos se analizan, por ejemplo, en la STS 11 abril 1984, ar. 1920; también en CE 79/93 CE 55586 de 1991; 1459/1991 de 19 diciembre de 1991.

¹²⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado, 424/1992, de 2 de abril de 1992.

¹²⁵² Informe 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010.

¹²⁵³ Dictamen del Consejo de Estado, 933/2009, de 9 de julio de 2009; no obstante, el Consejo de Estado recuerda que: “...la modificación proyectada, aunque sea necesaria, deriva en alguna medida de defectos o imprevisiones del proyecto inicial, en cuanto responde a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. Así, no puede pasarse por alto que el estudio geotécnico previo a la redacción del proyecto está fechado en el año 2000, siete ejercicios antes de la adjudicación del contrato, ni que el estudio de permeabilidad realizado en el año 2007 evidenciaba ya un aumento del nivel freático que quizá hubiera aconsejado la elaboración de un nuevo estudio geotécnico antes de la adjudicación del contrato. Del mismo

En todo caso, el Consejo de Estado no siempre sigue una línea coherente. Dado el casuismo de la materia en ocasiones se producen fallos distintos en asuntos similares. Por ejemplo, el Consejo de Estado entiende que las causas para modificar concurren en el caso de la construcción de un paso peatonal no previsto¹²⁵⁴, y a la vez considera que instalar una barra de hormigón en la mediana debió haberse previsto – aunque finalmente lo acepta en base a “la apreciación conjunta de las actuaciones”¹²⁵⁵.

Además, hay que sumarse a la crítica que se realiza sobre la manera de trabajar, ya que la modificación se va aprobando a través de enfoques parciales en lugar de todos a la vez, lo cual no permite siempre que la Administración tome una decisión ajustada al interés público¹²⁵⁶.

El Consejo de Estado consideró que “cuando el art. 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnicas imprevistas al

modo, no parece que las necesidades nuevas derivadas del desmontaje del arco ojival de la fachada para su posterior recolocación fueran de difícil previsión en el momento de redacción del proyecto inicial.

De ahí que convenga recordar, como ha hecho este Consejo de Estado en anteriores ocasiones, “la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación, pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas” (dictámenes 1.733/2006, de 8 de noviembre, y 34/2007, de 1 de febrero). En esta misma línea, ha insistido el Consejo de Estado en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos (dictámenes 2.092/2006, de 21 de diciembre, y 1.867/2008, de 20 de noviembre).”

¹²⁵⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 1594/1999, de 8 de julio de 1999: “ Al haberse producido la aceptación del contratista, la cuestión que debe abordarse es la de si existen razones que justifiquen la modificación propuesta. Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y la Inspección General del Ministerio que expresamente señala en su informe la conveniencia de llevar a cabo las obras previstas en la modificación. En efecto, ésta tiene por objeto permitir la conexión entre ambas márgenes de la Variante de Puertollano en una forma que se adecua a las necesidades de la vía y de los ciudadanos, según manifestó el Ayuntamiento de la localidad.”

¹²⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 5483/1997, de 11 de diciembre de 1997 : Este Consejo de Estado percibe, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que las previsiones técnicas de la modificación proyectada comportan una mejoría en las características básicas de la obra, tal y como aprecian unánimemente los órganos técnicos preinformantes, y contribuyen a garantizar en mayor medida la seguridad vial. Ello, sin embargo, no impide subrayar que la propuesta de tal modificación, aun siendo necesaria, es el resultado de la imprevisión, cuando menos, del Proyecto Modificado nº 1 anteriormente aprobado, e incide, por tanto, en circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. No obstante, considera este Cuerpo Consultivo que de la apreciación conjunta de las actuaciones practicadas, se deriva la necesidad de asumir la modificación de las previsiones técnicas del proyecto inicial.

¹²⁵⁶ El problema de los enfoques parciales se denuncia en la Memoria CE de 1983, p. 87.

tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurren razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto"¹²⁵⁷.

El Consejo de Estado, en la línea doctrinal minoritaria entiende que hay casos en que las modificaciones son de tal envergadura que ni siquiera la concurrencia de “necesidades nuevas” puede habilitar la modificación:

“Ahora bien, la aparición de "necesidades nuevas" no pueden justificar la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo, como en el presente caso se pretende, con quiebra del principio de publicidad y concurrencia.”¹²⁵⁸

5.2.5. Tercera etapa: la tímida reacción legislativa ante las presiones comunitarias. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007

En términos generales se puede afirmar que la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante) realizó una aproximación algo más estricta a la modificación del contrato¹²⁵⁹, si bien no se avanzó todo lo que hubiese cabido esperar siendo en cierto sentido un avance “insuficiente”¹²⁶⁰. Incluso se afirma que en la práctica apenas cambió nada¹²⁶¹, o que no supondría “un obstáculo sustancial para la práctica totalmente rechazable de los reformados”¹²⁶².

En primer lugar, se mantiene el alcance objetivo de la norma ya que las reglas sobre modificación siguen aplicándose sólo a los contratos administrativos –no olvidemos que modificación del contrato seguía equivaliendo a modificación unilateral a través de *potestas variandi*.

En segundo lugar, se mantiene el régimen fragmentado que nace con la LCE y se consolida con la LCAP. Para cada tipo de contrato se incluyen especialidades que en ocasiones

¹²⁵⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 79/1993, de 1 de abril de 1993; Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997; Dictamen del Consejo de Estado, 583/2001, de 29 de marzo de 2001.

¹²⁵⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 1254/1993, de 21 de octubre de 1993.

¹²⁵⁹ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit., p. 116.

¹²⁶⁰ J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, cit.

¹²⁶¹ J. M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 149, 2011., p. 40.

¹²⁶² J. E. GARCÍA DE LA MATA; J. G. PIPAON PULIDO, “Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público”, cit., p. final.

constituyen verdaderas excepciones al régimen general del artículo 202¹²⁶³. Por ejemplo, en el contrato de obra se admiten variaciones en la medición de 10% sin requerir expediente de modificación. Sin embargo, sí se avanzó hacia la unificación de los distintos regímenes ya que los preceptos que contemplan la modificación en cada uno de los contratos típicos se remiten al artículo 202 LCSP que contenía el régimen general. Ahora bien, el avance más importante es que por primera vez existe un límite a la modificación de los contratos, que aunque se redacta de manera algo indeterminada, sí refleja una reacción legislativa al problema. Y es que el artículo 202 LCSP prohíbe las modificaciones que afecten a las condiciones esenciales del contrato:

202.1 El órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

Ahora bien, más allá de eso, la modificación del contrato no tiene límites cuantitativos, siendo el 20 por ciento un mero umbral que permite al contratista resolver el contrato – cosa que rara vez hace.

Siguiendo la estructura de normas anteriores, lo primero que hace la LCSP es reconocer la modificación del contrato y establecer un procedimiento básico para su ejercicio (arts. 194-195 LCSP). Así, se reconoce al órgano de contratación la prerrogativa sobre los contratos de “modificarlos por razones de interés público” (art. 194 LCSP), para lo cual debe seguirse un procedimiento que incluya la audiencia del contratista¹²⁶⁴.

El Consejo de Estado deberá fiscalizar el expediente de modificación cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros. Así pues, no hay cambios respecto a la LCAP.

Siguiendo un esquema idéntico al de la LCAP, el régimen general de la modificación se completa en el artículo 202 LCSP “Modificaciones de los contratos”, dentro del “Libro IV: Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”. El artículo 202.1 LCSP,

¹²⁶³ Como excepciones también las califica J. VÁZQUEZ MATILLA, “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 37, 2010., p. 325.

¹²⁶⁴ En el ámbito de la Administración General del Estado impone además informe del Servicio Jurídico.

para evitar confusiones al respecto, expresamente excluye los trabajos complementarios del régimen de la modificación¹²⁶⁵.

En la regulación de la LCSP se mantiene así el requisito de “razones de interés público”, pero desaparece la habilitación de “necesidades nuevas”, quedando sólo la de “causas imprevistas” como **presupuesto habilitante**. La supresión del presupuesto “necesidades nuevas” se produjo durante el trámite parlamentario con el fin de coherencia el precepto con las exigencias europeas tanto jurisprudenciales (entonces con el asunto *Succhi di Frutta C-496/99*) como legislativas (artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CEE)¹²⁶⁶.

Por tanto, el único supuesto habilitante que permite la norma es el de “causas imprevistas”. Dicho concepto debe interpretándose bajo dos parámetros: primero, que “de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato”¹²⁶⁷. Por tanto, no se puede entender el concepto como si fuese sencillamente “causas imprevistas en el pliego” porque ello desnaturalizaría las reglas previstas¹²⁶⁸.

Según el profesor BAÑO LEÓN, llamado por el Congreso para dar su opinión sobre el proyecto de la LCSP, las causas imprevistas del artículo 202 deben ser interpretadas según el 31.4.º de la Directiva y, por tanto, exigir que esas causas imprevistas que permitirían la modificación del contrato sean no separables técnica o económicamente o estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y además aludir al límite del 50 por ciento¹²⁶⁹. Sin

¹²⁶⁵ “No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los arts. 155 b) y 158 b).”

¹²⁶⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, 29 de marzo de 2007, núm. 95-22, enmienda 91, p. 202 ; GIMENO FELIU apunta que la Comisión, con fecha de 12 de diciembre de 2006 realizó unas observaciones al Anteproyecto de LCSP en las que señalaba que las Directivas no autorizaban modificaciones por “nuevas necesidades”. Cfr. J. M. GIMENO FELIÚ, “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013., n.p núm. 23

¹²⁶⁷ Informe 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010.

¹²⁶⁸ Informe 1/2009 de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia.

¹²⁶⁹ Comparecencia de don José María Baño León, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Valencia, acordada por la Mesa de la citada Comisión, para informar en relación con el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. DS. Congreso de los Diputados Núm. 756 de 20/02/2007 Pág.: 5 Comisión de Administraciones Públicas.

embargo dicha propuesta no se reflejó en el articulado final.

Y aunque no se incorporó ese límite del 50 por ciento, sí se **limitó por primera vez** la potestad de modificar el contrato prohibiendo que las modificaciones afectasen “a las condiciones esenciales del contrato”. Ahora bien, el texto no detalla cómo debe entenderse este concepto. Sólo en el contrato de obras, en una redacción ya presente en legislaciones anteriores, especifica algunas circunstancias que pueden entenderse como alteraciones esenciales, tales como la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial (art. 221 LCSP); o cuando se sustituían unidades de obra que afectasen al precio en más de un 30% (art. 221 LCSP).

Formalmente se exigía que la posibilidad de que el contrato pudiese ser modificado debía recogerse en los pliegos y en el contrato (artículo 202.2):

202.2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

En la práctica, a pesar de esta redacción, se aceptaron modificaciones aunque no estuviesen previstas con detalle en los pliegos¹²⁷⁰. Ocurrió que se acudió a la remisión a la normativa o se indicó sencillamente que el contrato podría ser modificado.

Por último, el artículo 207.2 LCSP, bebiendo de una tradición secular de protección al contratista, incluye como causa de resolución los casos en que la modificación exceda el 20% del precio inicial del contrato:

En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que, en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 por ciento del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución.

5.3. Cuarta etapa: la intervención del Derecho europeo, sus razones y consecuencias

En todos los países, el impacto de la recepción del acervo comunitario, así como el desarrollo legislativo posterior, es enorme a todos los niveles, influyendo incluso en los objetivos del sistema de contratación¹²⁷¹. Ello produce no pocas tensiones entre los ordenamientos.

¹²⁷⁰ En este sentido, J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 49.

¹²⁷¹ Sobre la influencia del Derecho europeo en la contratación ver J. . GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, 2005.; J. A. MORENO MOLINA, “La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación del sector público”, *Noticias de la Unión Europea*, vol. 298, Monografía: La contratación

Pensemos por un momento la dificultad que supone articular la relación entre el objetivo principal de la regulación europea, que no es otro que abrir el mercado de la contratación pública a todos los Estados Miembros, con los diferentes objetivos nacionales, como por ejemplo el de la eficiencia: abrir el mercado nacional pasa por mayor transparencia y ello supone mayores costes¹²⁷². Lo cierto es que la contratación pública ha sido definida como uno de los elementos clave en el proceso de integración europeo, razón por la cual a medida que se han ido aprobando las Directivas de contratación, la densidad normativa de éstas ha ido aumentando¹²⁷³.

A la hora de examinar las normas europeas, hay que tener presente la diversidad jurídica europea, marco en el que se debe alcanzar un texto de compromiso que se aplicará en países con realidades jurídicas muy diferentes¹²⁷⁴. GIL IBÁÑEZ afirma que al Derecho europeo “le resultan un tanto ajenos los problemas referidos a las prerrogativas que pueda tener la Administración contratante, la dualidad de regímenes civil/administrativo de los contratos, los efectos que producen, etc”¹²⁷⁵. Lo que no resulta ajeno a la Comisión es el efecto que tiene sobre el Derecho europeo las malas prácticas nacionales, independientemente de su origen.

Un ejemplo de cómo la Comisión combate esas prácticas es el procedimiento de infracción abierto contra España por la Comisión en razón a nuestra regulación de la modificación contractual. Según la Abogacía del Estado ni los textos legales ni su interpretación llevaron a la Comisión a reaccionar. Considera que la interpretación de los preceptos llevada a cabo por el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado o la Junta Consultiva no diferían en exceso

de las Administraciones Públicas, 2009. En particular, la influencia del TJUE ver M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en *Observatorio de contratos públicos 2012*, 2013.

¹²⁷² Existe un interesante debate acerca de cuáles son los objetivos del Derecho Europeo de contratos públicos. Ver ARROWSMITH, S., “The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol.4, 2011/12.

¹²⁷³ El cambio cualitativo se produce a partir del White Paper de 1985, que recoge las ideas del informe Cecchini. Ello se ve reflejado en las Directivas de 1992. Como señala BOVIS, a partir de entonces “viewing public procurement from the prism of an economic exercise, its regulation displays strong neo-classical influences” BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave MacMillan, 2005, p.107.

¹²⁷⁴ Esta realidad se observa en prácticamente todos los sistemas internacionales de contratación. Uno de los textos más claros al respecto es la nueva versión de Ley Modelo de UNCITRAL, aprobada en 2011.

¹²⁷⁵ GIL IBÁÑEZ, J.L., “La recepción del Derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La transposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 2000.

de la doctrina ahora planteada por el TJUE¹²⁷⁶. Achaca la reacción de la Comisión a la práctica administrativa consistente en ofertar a la baja y acudir al modificado después. El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto LES asegura que tanto dicho órgano como la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigieron el respeto de las condiciones esenciales de la licitación¹²⁷⁷. Sin embargo, contadas son las resoluciones que hacen de ello un verdadero límite. Y es que achacar toda la responsabilidad a la práctica administrativa y exonerar al legislador y a los intérpretes no es del todo fiel a la realidad.

La normativa era francamente mejorable si aceptamos que no imponía límite alguno a la modificación, como ya ha quedado dicho. La única manera de evitar abusos era exigir que la modificación se justificase en base a determinadas causas (interés público, necesidades nuevas y causas imprevistas). Causas que estaban redactadas con una textura excesivamente abierta lo que proporcionaba gran discrecionalidad a las entidades adjudicadoras. Esa discrecionalidad no es *per se* negativa, ya que permite lograr grados de eficiencia que de otra manera no se alcanzarían. Sin embargo, debe venir acompañada de un mayor control, ya sea administrativo o judicial. Y ambos tipos de controles fallaron en la medida en que permitieron que la *mala praxis* se extendiese.

Como ya se ha puesto de manifiesto, es cierto que hubo fallos del Tribunal Supremo, o decisiones del Consejo de Estado que pretendieron crear un límite a la modificación en torno al mencionado principio de licitación mucho antes de que el TJUE se pronunciara en ese sentido¹²⁷⁸. Otras que rechazaron las justificaciones genéricas esgrimidas como causas de la modificación¹²⁷⁹. Pero estas resoluciones no fueron las más habituales y nunca se generalizó esa postura estricta contra la modificación.

Otras resoluciones sencillamente muestran resignación de algunas decisiones con lo que a todas luces era un sistema contrario al Derecho de la Unión. Por ejemplo, la JCCA en su Informe 5/10 aborda el caso de la modificación de una obra de remodelación del acceso y salida al municipio, modificación que deviene necesaria por el surgimiento de causas imprevistas (conducciones subterráneas y elementos de Patrimonio Histórico). A pesar de

¹²⁷⁶ Circular 1/11 de la Abogacía del Estado, de 7 de abril de 2011.

¹²⁷⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

¹²⁷⁸ Dictamen 79 de 1 de abril de 1993 ; 47126, de 5 de diciembre de 1984; 3371/96; 4350/97; 358/98; STS 28 febrero 1989; STS en 21 enero 1994; JCCA 48/1995; 50/2003; 50/00; 59/00; 18/06.

¹²⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 50688, de 17 de junio de 1987

que la modificación sea de más de 63% del valor inicial, la Junta considera que si no hay oposición del contratista no se exige volver a licitar, lo cual, se dice, no es acorde a la doctrina europea, pero sí a la norma vigente en ese momento¹²⁸⁰.

Y muchas, la mayoría, directamente aceptan la aplicación laxa de la regulación de los modificados. Volveremos sobre esta idea cuando valoremos críticamente el modelo.

Así pues, lo cierto es que la adecuación de la regulación LCSP (y las normas anteriores aún con efectos) al Derecho de la Unión Europea era muy dudosa¹²⁸¹. La reacción de la Comisión no se hizo esperar. DOMÍNGUEZ OLIVERA apunta a que la Comisión decidió poner en marcha el procedimiento de infracción por un hecho concreto: las obras del puerto de Gijón¹²⁸². Resulta que el contrato de obras para construir el nuevo puerto de Gijón valorado en 580 millones, y adjudicado a Dragados, empresas del grupo ACS y FCC, entre otros miembros de la UTE, se vio modificado poco tiempo después en 250 millones debido a que las canteras cercanas no podían ser explotadas por razones medioambientales. Esta variación provocó que la Comisión no continuase otorgando fondos al proyecto – los Fondos de Cohesión financiaban el 42% del proyecto-¹²⁸³, pero que además pusiera en marcha el procedimiento¹²⁸⁴.

Sea como fuere, el 8 de mayo de 2006 la Comisión Europea solicitó que el Estado adaptara su normativa a la Directiva 2004/18 (en particular que se observe los principios en ella consagrados). Más tarde, la Comisión se dirigió a las autoridades españolas, emitiendo Dictamen motivado –la segunda fase del procedimiento de infracción- con fecha de 27 de noviembre de 2008 por el régimen de la modificación de los contratos (IP/08/1789)¹²⁸⁵. En ésta se señala lo siguiente:

¹²⁸⁰ Informe 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010; Una resolución que desconoce incluso el propio sistema de fuentes ya que la normativa vigente en ese momento debía ser interpretada conforme al Derecho de la unión.

¹²⁸¹ J. M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, cit., nota pie núm. 22.

¹²⁸² R. DOMÍNGUEZ OLIVERA, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, cit., p. 36.

¹²⁸³ J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, cit.

¹²⁸⁴ OLAF recomendó a la Comisión iniciar el expediente de devolución a la vista de las irregularidades. Ver en Report 2014 de OLAF. Además se admite una denuncia de la Fiscalía sobre los sobrecostos del proyecto.

¹²⁸⁵ Se puede consultar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1789_en.htm (accedido en marzo 2014).

“En este caso, la Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal como lo regula la LCSP, no está en consonancia con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La LCSP otorga a los órganos de contratación un amplio poder para modificar condiciones esenciales de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación, sin que las condiciones para su modificación hayan sido previstas en los documentos del contrato de manera clara, precisa e inequívoca.

Asimismo, la Comisión considera que la LCSP permite al órgano de contratación recurrir a procedimientos negociados sin publicación en circunstancias distintas de las establecidas en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE [se refería aquí a las obras, servicios y suministros adicionales]”.

La contestación del Estado español no fue satisfactoria por lo que la Comisión, el 20 de noviembre de 2009 decide entablar la acción de incumplimiento ante el TJUE (IP/09/1752)¹²⁸⁶.

La Comisión retiró la acción el 6 de abril de 2011 (IP/11/430)¹²⁸⁷ ante el compromiso de una nueva legislación, la más estricta de nuestra historia en materia de modificación de contratos. Considera que “el nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción”.

Así pues, resultó que sólo ante un texto muy riguroso la Comisión quedó satisfecha. Sin embargo, las Directivas de 2014 establecen un régimen más laxo de modificación contractual que influye en el legislador español en la medida en que la transposición del texto traerá consigo un régimen mucho menos rígido que el actual. A continuación vemos ambos extremos: la regulación rígida de la LES y la transposición más laxa que se prevé llevar a cabo en 2016.

5.3.1. La legislación vigente: la Ley de Economía sostenible de 2011

El impacto del Derecho de la Unión Europea en la legislación nacional de contratos públicos

¹²⁸⁶ Se puede consultar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1752_es.htm (accedido en marzo 2014).

¹²⁸⁷ Para un relato más extenso ver J. VÁZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 143, 2009.

es constante desde la Adhesión a la Unión Europea. Recientemente han tenido gran importancia leyes como la Ley 15/2010 que adapta la norma de lucha contra la morosidad a la nueva normativa europea al respecto, o la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modifica recursos en materia de contratación. Pero, sin duda, la norma que mayor impacto ha tenido para nuestro trabajo es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), fruto del proyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de marzo de 2010, y que recoge numerosas reformas en diversos ámbitos.

La gran aportación de la LES no sólo es que adapta el régimen español de modificación de los contratos a la jurisprudencia europea, sino que lo lleva más allá. Como dice la propia Exposición de Motivos, “se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato”¹²⁸⁸.

A través de la Disposición Final Decimosexta de la LES se incorporan a la LCSP los artículos 92.bis a 92.quinquies (régimen general) y se da una nueva redacción al artículo 202 (prerrogativa de modificación), aplicándose estas previsiones a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011¹²⁸⁹.

Poco después estas novedades quedan refundidas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP). Será al articulado del Texto Refundido al que nos refiramos cuando analicemos el nuevo régimen, si bien hacemos hincapié en que las novedades llegaron de mano de la LES.

Las novedades más importantes que introdujo la LES en materia de modificación son las siguientes:

i) Extensión del ámbito de aplicación. Hacia la unificación del régimen de modificación

¹²⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

¹²⁸⁹ Según la Abogacía del estado, la LES debía aplicarse incluso a los contratos formalizados antes de la LES ya que la regulación anterior contenía los principios comunitarios. Por contra, para la Junta Consultiva de Contratos Administrativos de Aragón la normativa debe ser la que existía cuando se celebró el contrato (23/2011).

Dentro del Libro I “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos” se crea un Título V de la “Modificación de los contratos”. A su vez, a la hora de regular el régimen jurídico de los contratos privados¹²⁹⁰ se añade un último párrafo de extrema importancia en que establece que “... serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”.

Por tanto, el régimen general de los modificados (Título V, Libro I) se aplica a todos los contratos sometidos a la LCSP y no sólo a los contratos administrativos. Según el Consejo de Estado, ésta es la novedad más importante de la LES¹²⁹¹. Como señala DIEZ CALZADA, con este cambio parece como si la modificación de los contratos dejase de ser una mera incidencia de ejecución para pasar a ser un elemento básico del contrato público en la medida en que emerge como elemento constitutivo del proceso de formación de la voluntad del órgano de contratación¹²⁹².

Esta inclusión de las normas en el Libro I y su aplicación a todos los contratos del sector público cubiertos por la norma tiene una consecuencia inmediata: supone un primer paso hacia la unificación del régimen de la modificación de los contratos. Por un lado, somete a los contratos privados, antes ajenos en su ejecución a la norma administrativa. Por otro, remite todos los contratos administrativos al régimen general. Luego introduce especialidades, claro, pero siempre bajo los límites y condiciones del régimen general. Así pues, con la aprobación de la LES, el régimen de la modificación unilateral, es decir, la modificación como prerrogativa en los contratos administrativos, se remite en gran medida al régimen general del Título V del Libro I.

La doctrina no se ha mostrado pacífica en cuanto a esta nueva regulación. Algunos autores han alabado que los criterios para modificar contratos administrativos y contratos privados se unifiquen¹²⁹³. Más aún si cabe teniendo en cuenta la tendencia de la Administración a crear

¹²⁹⁰ Recordemos que son contratos privados según el art. 20 TRLCSP todos los celebrados por entidades del Sector Público que no sean Administraciones Públicas, más aquellos celebrados por las Administraciones Públicas que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

¹²⁹¹ Dictamen Consejo de Estado sobre anteproyecto LES.

¹²⁹² J. . DIEZ CALZADA, “Comentario al nuevo régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 112, 2011., p. 58-67.

¹²⁹³ J. COLÁS TENA, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía

entes jurídico-privados con la intención de escapar de la aplicación del Derecho de los contratos públicos es bien conocida¹²⁹⁴, v.g las sociedades de obras públicas. Otros, sin embargo, consideran que la medida en que puede suponer una importante restricción a la autonomía contractual de entidades de Derecho privado¹²⁹⁵.

Lo que sí parece más criticable es que se mantenga la competencia del orden jurisdiccional civil en la ejecución de contratos privados sin hacer mención expresa a la modificación. De esta manera, será la jurisdicción civil la encargada de conocer acerca de las modificaciones de los contratos privados del sector público, Administración o no¹²⁹⁶. Así pues la modificación de los contratos administrativos será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que los contratos privados será la jurisdicción civil. Ello, según BERNAL BLAY, traerá como consecuencia que asuntos que aborden conceptos similares, v.g fuerza mayor, tengan resoluciones diferentes¹²⁹⁷. Ello podría cambiar para los contratos cubiertos por el recurso especial, que pronto permitirá ser utilizado para las modificaciones irregulares, convirtiendo así en acto administrativo (resolución del TARC) algo que no lo era.

ii) Distinción expresa entre modificaciones previstas e imprevistas.

La LES adopta un régimen distinto para ambas, aclarando una cuestión que generaba muchos problemas prácticos. La redacción de la LCSP parecía señalar que no era posible modificar el contrato si ello no estaba previsto en los pliegos¹²⁹⁸. Por esta razón muchas veces se recurría a fórmulas genéricas sobre la posibilidad de modificar. Por ejemplo, cuando se remitía a la legislación. Ahora ambos regímenes quedan recogidos expresamente en la norma – al igual

Sostenible”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 153, 2012.; J. VÁZQUEZ MATILLA, “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, cit., p. 330.

¹²⁹⁴ A. HUERGO LORA, “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, cit., p. 228: en la huída del Derecho Administrativo en el ámbito de la contratación este autor ve una prueba del carácter prescindible de la categoría de contrato administrativo.

¹²⁹⁵ Así, Á. E. ESTÉVEZ, “El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 124, 2013., p. 4.

¹²⁹⁶ El Consejo de Estado en su Dictamen sobre la LES considera que es necesario que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la competente acerca de la modificación de los contratos del sector público.

¹²⁹⁷ M. A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011., p. 179.

¹²⁹⁸ Así lo interpretaba la doctrina: por todos, J. M. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010., p. 257.

que ocurre en la Directiva 2014/24.

En línea con esta medida, todas las modificaciones previstas en los pliegos deben ser tenidas en cuenta para valorar el contrato (opciones, prórrogas, etc)¹²⁹⁹. Mientras que las modificaciones imprevistas sólo se podrán llevar a cabo bajo condiciones muy estrictas.

iii) Se reduce el alcance de la modificación unilateral.

Respecto a la modificación unilateral, esto es, al *ius variandi* se aclara su régimen general.

Sigue tratándose de una potestad administrativa que sólo se puede ejercer en los contratos administrativos. En el régimen general, sin embargo, las partes contratantes tendrán que llegar a un acuerdo con la otra parte, si bien dicho acuerdo debe ser acorde a las causas, formas y límites establecidos.

Su regulación, contenida en el artículo 219 TRLCSP, lleva a cabo una remisión al régimen general. Ello supone limitar de manera considerable la posibilidad de su ejercicio, si bien no supone su desaparición. Por otro, se fija un procedimiento (art. 195 TRLCSP) de carácter general para ejercer la prerrogativa, y unas especialidades para cada tipo de contrato (estudio que se llevará a cabo más adelante). El nuevo régimen se ha entendido dentro de “clara tendencia a la contención y restricción de las prerrogativas de la Administración relativas a la modificación e interpretación unilateral de los contratos”¹³⁰⁰. Sin embargo, esta disminución del poder de modificación unilateral va en línea con las limitaciones impuestas por el Derecho europeo a todo tipo de modificación. Por tanto, no se puede afirmar que el poder de modificación desaparezca o que Europa haya pretendido limitar específicamente el poder unilateral. Las normas europeas se refieren al fenómeno de la modificación en su conjunto, con independencia de las técnicas jurídicas utilizadas.

iv) Introduce una nueva causa de resolución.

La LES introduce una nueva causa de resolución para todos los contratos cubiertos por la norma. En el régimen general el artículo 105 TRLCSP señala que “(...) en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de

¹²⁹⁹ Así el artículo 88 TRLCSP en conexión con el 106 TRLCSP.

¹³⁰⁰ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 151.

otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III”.

En el régimen administrativo el artículo 223.g TRLCSP establece como causa de resolución del contrato “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.”

En seguida estudiaremos su régimen, en especial las consecuencias indemnizatorias potencialmente puede alcanzar, un tema que apenas ha sido explorado por la doctrina.

5.3.2. El anteproyecto de Ley de Contratos 2015. La ¿necesaria? adaptación del modelo a las nuevas Directivas.

En abril de 2015 se publicó en la página web del Ministerio de Hacienda el borrador de anteproyecto de Ley de Contratos de Sector Público y el de la Ley de procedimientos en la contratación en los sectores especiales. Una norma que va encaminada principalmente a transponer las Directivas de 2014, si bien introduce algunos cambios no exigidos por éstas.

Una norma que tal como está redactada ha sido bien recibida en tanto que “introduce sustanciales reformas que sin duda redundarán en una mejora global del sistema contractual público español”¹³⁰¹.

Respecto a la **modificación de los contratos**, debe ya advertirse que el nuevo texto supone virar hacia un régimen más posibilista, en línea con el que se plantea en la Directiva. Ello no deja de sorprender ya que, como se ha dicho, España cambió su regulación debido a la apertura de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión.

El texto del Anteproyecto se mueve en tres direcciones opuestas: mantener, aclarar e innovar.

¹³⁰¹ J. A. MORENO MOLINA, “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2015.

Así, por ejemplo, se mantienen previsiones como la del reajuste de garantías (art. 109, ex 99 TRLCSP), la del envío de documentación al Tribunal de Cuentas (art. 328, ex art. 29 TRLCSP) o al Registro de contratos del Ministerio de Hacienda (art. 339, ex 333 TRLCSP). También, entre las disposiciones adicionales la que prevé autorización del Consejo de Ministros en las modificaciones de concesiones de autopistas de ámbito estatal (DA 31, ex DA31 TRLCSP).

Veremos qué aspectos aclara y en cuáles innova. Se avanza ya el descontento del autor de este trabajo hacia la nueva redacción. Considero que es un paso atrás en la normativa que pretendía acabar con el abuso de la modificación de los contratos. Y, curiosamente, si en otras ocasiones la normativa europea ha servido de mecanismo de arrastre, en este caso el efecto ha sido todo lo contrario: la normativa comunitaria sirve de coartada para debilitar un régimen que, cierto es que necesitaba algunos ajustes, emergía como único instrumento para acabar con un problema que lastra desde hace mucho tiempo, demasiado, la contratación pública e nuestro país.

En lo que se refiere al **ámbito de aplicación de las normas**, el artículo 26 “Contratos privados” (ex art. 20 TRLCSP) reduce la aplicación de las normas sobre los modificados a los contratos administrativos y los contrato SARA. Así pues, el ámbito de aplicación quedaría como sigue:

- i) Contratos administrativos: las reglas de modificación aplican plenamente (art. 25, ex art. 19)
- ii) Contratos privados de la Administración pública: Sus efectos se rigen por el Derecho privado (salvo las excepciones del artículo 26.2: que sean SARA algunos contratos de servicios financieros y contratos de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos).
- iii) Contratos SARA de poderes adjudicadores: las reglas de modificación aplican plenamente (art. 26.3, ex art. 20) :

“Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas: (...) En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en los artículos 200 a 205 y 209 a 215 de la presente Ley, relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación, y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada”
- iv) Contratos no SARA de poderes adjudicadores no sujetos a regulación armonizada: Sus efectos se rigen por el Derecho privado
- v) Contratos de otros entes del sector público: Sus efectos se rigen por el Derecho privado

La reducción del ámbito de aplicación aconsejaba trasladar el centro de gravedad de la regulación desde las normas de general aplicación para todo el sector público hacia la regulación del contrato administrativo, donde el esquema del TRLCSP se reproduce:

Primero, un reconocimiento a la vinculación al contenido contractual, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas en favor de la Administración (art. 187, ex art. 209 TRLCSP). Tras ello, se enumeran las prerrogativas, entre las que figura la modificación de los contratos “por razones de interés público” (art. 188 ex art. 210 TRLCSP).

El **procedimiento de ejercicio de las prerrogativas** se encuentra en el artículo 189 (ex art. 211 TRLCSP), siendo los pilares de éste la audiencia al contratista, el informe del Servicio jurídico – en caso de AGE-, e informe del Consejo de Estado siempre y cuando: 1) no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas; y 2) su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20 por ciento del precio inicial IVA excluido.

Hay que aplaudir que haya desaparecido el requisito de un importe mínimo del contrato (6 millones de euros) para que la modificación fuese objeto de Informe. De esta manera el ámbito de aplicación del control realizado por el Consejo de Estado aumenta considerablemente.

Además, el artículo 321.4 (ex 317 TRLCSP) señala que cuando el Consejo de Ministros autorizase la celebración del contrato, “deberá autorizar igualmente sus modificaciones, siempre que, no encontrándose las mismas previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, representen un porcentaje, aislada o conjuntamente, superior al 20 por cien del precio inicial del contrato, IVA excluido.”

Los artículos 201 (ex 105 TRLSP) a 205 (ex 108 TRLCSP) recogen el régimen de modificación de los contratos.

El artículo 201 es muy similar a su predecesor. Comienza excluyendo del régimen de modificados a la sucesión del contratista, la cesión del contrato, la revisión de precios y la ampliación del plazo. Sin embargo, ahora no excluye expresamente a los trabajos complementarios, los cuales pasan a ser uno de los supuestos que permiten la modificación.

Sí contiene el artículo la previsión de resolución del contrato cuando fuese necesario ejecutar un contrato de forma distinta a la pactada y no pudiese modificar conforme a los

preceptos previstos en esta subsección. No obstante habrá que estar a lo previsto en el artículo 211.5 (ex 225 TRLCSP):

“Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero.

El artículo 202 (ex art. 106 TRLCSP) contiene el régimen de las **modificaciones previstas** o convencionales, que en su mayor parte permanece inalterado. Aclara, eso sí, que existe la posibilidad de introducir cláusulas que prevean modificaciones cualquiera que sea el porcentaje de variación (“con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación”).

Pero por otro lado, establece como límite a las modificaciones convencionales el recogido en el artículo 72 de la Directiva, es decir, que “en ningún caso” se pueden incluir cláusulas que alteren la naturaleza global del contrato inicial. Aunque el propio texto señala dos ejemplos (sustitución de las prestaciones contratadas por otras diferentes y alteración del tipo de contrato), lo cierto es que no queda claro como interactúa la libertad del primer apartado (“con independencia del porcentaje”) con este límite. Si, como parece, la regulación pretende transponer la directiva casi literalmente, entonces sí se aceptan modificaciones “con independencia de su valor pecuniario” (art. 72 Directiva 2014/24/UE).

En caso de que una modificación prevista resulte no ajustada a dichos límites, tendrá que regirse por las normas de la modificación no prevista. Esta es una aclaración que debe ser bienvenida (art. 203.1).

Sobre las **modificaciones no previstas**, el artículo 203 (ex art. 107 TRLCSP) aclara aspectos importantes, como incorporar a su régimen a las modificaciones previstas irregulares; o, más importante aún, realza un límite ya presente en el anterior texto como era el de no introducir más variaciones de las estrictamente necesarias.

Pero también innova en la medida en que incorpora cambios importantes, abrazando en cierta medida el modelo de regulación europeo y alejándose del que había previsto en la LES. Ello se observa claramente en los supuestos que justifican la modificación del contrato.

El artículo 203.2.a) recoge el nuevo **régimen de trabajos adicionales o complementarios**. Si la LES había diferenciado trabajos adicionales o complementarios de la pura modificación contractual, el nuevo texto parece superar esa diferencia e incorporar, tal como hace la Directiva, la posibilidad de modificar el contrato por razón de trabajos adicionales a los inicialmente contratados. Como límites incorpora los dos que recoge la Directiva: i) imposibilidad o dificultad técnica o económica para cambiar de contratista; ii) Que no excedan del 50% del valor de su precio inicial. Y aquí la norma nacional se muestra más rígida que la europea en la medida en que la alteración debe valorarse de manera aislada o conjuntamente – en la Directiva ese 50% se aplicará al valor de cada una de las modificaciones.

Recordemos que la Directiva señalaba que esta opción es útil “en particular cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes” (considerando 108).

Así pues, la normativa española acoge una regulación que puede resultar un mecanismo para perpetuar los abusos en la modificación. En este caso considero que la LCSP y luego LES habían conseguido realizar un adecuado control de riesgos. Por un lado, excluían los complementarios del régimen de los modificados (flexibilidad), pero por otro sometían a los complementarios a una mayor definición que ahora desaparece (rigidez). Como ejemplo y a título recordatorio, el artículo 171.b) TRLCSP:

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

Ahora parece que se ha renunciado a la rigidez, y se ha traído la flexibilidad a la modificación. Habrá que ver cómo aplican las Administraciones esta previsión, y cómo

el TARC y la jurisdicción interpretan los preceptos ante la muy posible avalancha de litigios al respecto.

El artículo 203.2.b) incorpora las previsiones de la Directiva sobre **modificación por causas sobrevenidas e imprevisibles**. Si en la LES se había acudido a un sistema de lista, ahora se abraza un formato más abierto que otorga de nuevo gran margen de discrecionalidad a los entes adjudicadores. Errores, circunstancias geológicas y otras, fuerza mayor, avances técnicos o *factum principis* dan paso a una cláusula general:

203.2.b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

De nuevo es de alabar que el límite del 50% se refiere a las modificaciones consideradas aisladamente o en su conjunto – en la Directiva es aisladamente. Sin embargo, dado que en la anterior redacción existía el límite de la cláusula *de minimis* se puede decir que en el camino hacia la asimilación con Europa la legislación española se ablanda en favor de la modificación. Volvemos a un modelo que es bastante similar al que ya teníamos en LCSP y anteriores. Lo curioso es que la Unión Europea abriera un expediente a España por ello y luego apruebe unas normas que, en lo que a causas justificativas se refiere, no estaban tan alejadas. De ello se deriva que en lugar de aprobar la LES hubiese bastado con fortalecer los límites a las modificaciones fijando unos porcentajes tope.

El artículo 203.2.c) recoge y desarrolla los **límites a la modificación contractual**, y lo hace a través de la ya típica cláusula de “modificaciones no sustanciales”. El precepto empieza con un mandato que no deja de sorprender: “en este caso se tendrán que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial”.

Después menciona aquellos supuestos en los que se considerará sustancial la modificación. Además de la previsión de que no altere la naturaleza del contrato, el precepto recoge literalmente la doctrina de las Directivas, que a su vez abrazó la doctrina del TJUE y su test de sustancialidad:

“En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1º. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación [**Test de licitación**]

2º. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial [**Test de equilibrio**]

3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos [**Test objetivo**]

Así pues, se producen varios cambios respecto a la LES. Por un lado, desaparece la consideración de sustancial de una modificación que exija habilitación o solvencia diferentes – ello puede considerarse incluido implícitamente tanto en la alteración de la naturaleza del contrato como en el test de licitación. Por otro, desaparece la regla *de minimis* que prohibía modificaciones superiores al 10%. Se ha sustituido por la consideración ya recogida en las Directivas de considerar sustancia una modificación que exceda aislada o conjuntamente el 15% en contratos de obras y del 10% en el resto de los contratos.

A primera vista parece que se supera el gran conflicto del artículo 72, la relación entre los apartados 72.1 (justificaciones), 72.2 (regla *de minimis*) con el 72.4 (modificaciones sustanciales) al incorporar la regla *de minimis* a la propia definición de modificación sustancial. Ahora bien, ¿qué ocurre con una modificación del 40% (sustancial a estos efectos) que puede justificarse bajo el supuesto de circunstancias imprevisibles?

La clave está en la forma en que se redacta el artículo 203.1 al señalar que se podrá realizar una modificación “que encuentre justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo”; y el 203.2 cuando dice “los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista (...) son los siguientes”. Es decir, se está realizando una definición en positivo: si encuentra justificación en uno de ellos es suficiente. Ahora bien, si así fuera, el apartado de “modificaciones no sustanciales” pasaría de ser un límite a ser una justificación.

El artículo 204 “**Obligatoriedad de las modificaciones del contrato**” es una novedad del nuevo texto. Dice así:

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.
2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo.

El precepto tiene sentido en la medida en que se encuentra en la regulación de la modificación de los contratos de las Administraciones públicas. Ahora bien, dado que el artículo 26.3 extiende ese régimen a los contratos SARA de los poderes adjudicadores, debe entenderse que la *potestas variandi* ha sido extendida *ex lege*. Quizá sea sólo un error fácilmente corregible en el artículo 26.3 de remisión¹³⁰². O quizá si se haya pretendido extender la posibilidad de modificación unilateral a los contratos SARA.

Por otro lado, se prevé que la obligatoriedad ceda ante la voluntad del contratista cuando la modificación supere el 20%. Al permitirse modificaciones superiores a ese porcentaje el precepto recupera su sentido. El artículo 209.g) (ex 223 TRLCSP) recoge el aumento por encima del 20% como causa de resolución “potestativa” para las partes. Veremos más adelante los efectos económicos de la resolución.

Se prevé además que, cuando no sea obligatoria, la modificación deba recoger la previa conformidad por escrito, lo cual legaliza una de las demandas que el Consejo de Estado reiteradamente pedía.

El artículo 205 (ex art. 108 TRLCSP) recoge el **procedimiento** que debe seguirse a la hora de modificar el contrato. La única, pero gran novedad al respecto, viene de la mano de las exigencias de **publicidad** que contienen tanto la Directiva 2014/24¹³⁰³ como la Ley de Transparencia nacional¹³⁰⁴. En este caso se va más allá de la Directiva europea y se

¹³⁰² Podría también considerarse que la utilización de “órgano de contratación” hace referencia implícita a la Administración pública. Sin embargo, una Ley que disecciona con precisión de cirujano la aplicación de las normas de modificación no parece que peque de esa dejadez.

¹³⁰³ Art. 72.1: Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) [adicionales y circunstancias imprevisibles] del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

¹³⁰⁴ Art. 8 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

requiere publicidad nacional, con independencia de que algunas modificaciones de los contratos SARA también deba ser publicada en el DOUE. Así, se establece que:

3. (...)

Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si éste está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma.

Por último, en el artículo 209 (ex 223 TRLCSP) se establece como **causa de resolución** la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202 (modificación prevista), o cuando no se den las circunstancias del 203 (modificación imprevista), siendo en ambos casos la resolución obligatoria. Será potestativa cuando, a pesar de cumplir las condiciones y límites, la modificación supere el 20% y así lo quiera una de las partes.

En todos estos casos, “el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”. Ello no es una novedad respecto al texto del TRLCSP.

Sí que supone una novedad el sistema de impugnación de modificaciones contractuales, potenciado además por la obligación de publicidad antes citada. Con la redacción que daba la Ley 34/2010 y luego la LES al recurso especial en materia de contratación –que se erigía en recurso precontractual–, se relegaba la impugnación de los modificados al estricto régimen de la cuestión de nulidad.

Sin embargo, la nueva norma parece avanzar hacia la unificación de ambos recursos, perdiendo el recurso especial su naturaleza de “precontractual” y desapareciendo formalmente la cuestión de nulidad.

El artículo art. 44, ex art. 40 TRLCSP, señala amplia el alcance del recurso especial a la mayoría de los contratos de las Administraciones públicas y de los poderes adjudicadores, cuando se refieran a determinadas actuaciones, y entre ellas:

(...)d) las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

Dicho recurso deberá presentarse en el plazo de quince días desde “el día siguiente a aquél en que se haya publicado [el anuncio de modificación] en el perfil de contratante” (art. 50, ex art. 44 TRLCSP). Si no se publica, y por tanto nos impide acudir al

mecanismo de recurso, entonces se pondría en marcha la posibilidad de acudir a las causas de nulidad especiales (lo que en el TRLCSP es la cuestión de nulidad):

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente: a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato

Sin embargo, el anteproyecto en su DA Trigésimo quinta limita la posibilidad de este recurso especial a los contratos y concesiones SARA, “o si se tratara de contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior al establecido para la regulación armonizada en los contratos de servicios”. Deslegaliza la posibilidad de ampliar este alcance mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

Por último, y con ello acabamos con el régimen general, la jurisdicción contencioso-administrativa recupera parte de sus competencias de preparación y adjudicación con el nuevo texto (art. 27, ex art. 21 TRLCSP). En materia de modificación básicamente establece que todos los contratos cuya modificación se rija por las normas del texto (art. 202 y 203) deberán ser objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, se presentan algunas novedades en los distintos contratos administrativos. Se analizarán en el apartado dedicado a ello – se anuncia ya que se han suprimido los artículos de modificación de contratos de suministros y servicios, por lo que deberá estarse al régimen general.

CAPÍTULO 6: EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE: LA MODIFICACIÓN EN LA LES.

6.1. Ámbito de aplicación de la LES. Subjetivo, objetivo y temporal.

En el apartado anterior avanzamos que una de las novedades más destacadas de la LES fue el acercamiento entre el régimen administrativo y el régimen general. La LCSP en 2007 concentró en el artículo 202 LCSP la regulación de la modificación de los contratos, regulación que sólo se aplicaba a los contratos administrativos, en la medida en que se encontraba en el Libro IV “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”. Sin embargo, la LES introdujo, entre otros, varios preceptos que trataban sobre la modificación (92.bis a 92.quarter), y lo hizo dentro del Libro I “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos” se crea un Título V de la “Modificación de los contratos”, a la vez que se extiende ese régimen a los contratos privados. Este es el que llamaremos **régimen general de la modificación de los contratos**, que se extiende a todos los contratos sometidos al TRLCSP. Tras la aprobación del TRLCSP dicho régimen se encuentra en los artículos 105 a 108 TRLCSP.

Ahora bien, habrá algunos casos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de este régimen general.

En primer lugar, el artículo 105.1 establece una serie de supuestos que quedan excluidos de su aplicación tales como i) la sucesión de la persona del contratista; ii) la cesión del contrato; iii) la revisión de precios; iii) la prórroga del plazo de ejecución. Se trata de un conjunto de modificaciones del contrato (modificación subjetiva, precios y prórroga) cuyo régimen jurídico debe entenderse al margen de lo establecido en las reglas de modificación aquí analizadas. El precepto se remite de manera implícita a los distintos artículos donde se regulan estas cuestiones. Ahora bien, no hay que olvidar que, al menos en lo que respecta a los contratos SARA, estas modificaciones deben respetar los límites establecidos en las Directivas.

Además, el artículo 105.2 excluye la aplicación del régimen de la modificación para el caso de trabajos complementarios o adicionales. Así, el 105.2 señala que “la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir

finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente”. Todos esos casos no pueden ser llevados a cabo mediante la modificación del contrato, sino que “deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los arts. 171.b) y 174.b)”¹³⁰⁵. Aquí se produce una interesante fricción –que no oposición– entre el Derecho español y el europeo, en la medida en que este último prevé en las nuevas normas sobre modificación del contrato la posibilidad de modificar por trabajos complementarios.

Asimismo, dicho régimen general se encuentra a su vez fragmentado en dos. Y es que el nuevo texto permite modificar los contratos en dos situaciones: i) cuando la posibilidad de modificar se haya previsto en los pliegos – las llamadas “modificaciones previstas” (art. 106 TRLCSP); ii) cuando no habiéndose previsto en los pliegos se cumplen una serie de condiciones (art. 107 TRLCSP)¹³⁰⁶. La línea divisoria no siempre queda clara por lo que se presume que este será un campo litigioso en el futuro en la medida en que cuando una actuación material no encuentre apoyatura en una de estas cláusulas o la sobrepase, entonces deberemos movernos en el terreno de la modificación contractual no prevista.

Al régimen general habrá que añadir el que llamaremos **régimen administrativo de modificación de los contratos**, recogido en el artículo 219 TRLCSP para los contratos administrativos, y en diferentes artículos para cada uno de los contratos administrativos típicos. Ahora bien, el artículo 219 lleva a cabo una remisión al régimen general que en cierta medida vacía de contenido a la modificación de los contratos administrativos y, por tanto, a la posibilidad de modificación unilateral (*ius variandi*):

Artículo 219. Potestad de modificación del contrato

1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el art. 156.

¹³⁰⁵ Como ya apuntamos en una sección anterior de este trabajo, habrá que estar a lo que establezca la Directiva sobre los trabajos complementarios, que ahora se han llevado a la modificación del contrato.

¹³⁰⁶ La Abogacía del Estado, Informe 1/2011 denomina a las modificaciones previstas como “modificaciones convencionales” y a las no previstas como “modificaciones legales”.

Es decir, se supedita la posibilidad de modificación unilateral a que concurran razones de interés público y que, además, se puedan subsumir la situación en alguno de los casos y forma previstos en el régimen general. Se trata, por tanto, de un acercamiento de ambos regímenes jurídicos. Acercamiento que se observa incluso al estudiar las supuestas divergencias:

El régimen administrativo parece añadir la exigencia de “razones de interés público”. Ahora bien, hay que plantearse hasta qué punto ello no es también un requisito del régimen general. Si bien es cierto que en el régimen general (arts 105-108 TRLCSP) no se hace mención a los intereses públicos, no cabe actuación de una entidad del sector público sin que detrás tenga una justificación de interés público. Al haber extendido el régimen a todo contrato sometido al TRLCSP, y por tanto aplica a contratos de muchas entidades que hasta ahora no cubría habrá que interpretar caso a caso cómo se manifiesta ese interés público. Otra posible interpretación pasa por entender que la necesidad de justificar el interés público es sólo una exigencia en el régimen administrativo, pero no en el régimen general donde es suficiente cumplir con las causas previstas. Es decir, que el régimen general se encarga de objetivizar y concretar el interés general, que se verá satisfecho cuando se cumplan las condiciones que allí se imponen.

En el régimen administrativo se establece un procedimiento especial, que es el mismo que regula el ejercicio de las potestades administrativas (art. 211 TRLCSP). Por su parte, el propio art. 108 que recoge el procedimiento de modificación en el régimen general establece que “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos”. En todo caso, ambos se apoyan en un principio clave del procedimiento administrativo, el principio contradictorio, de manera tal que tanto en un como en otro debe darse audiencia al contratista antes de proceder a la modificación del contrato (arts. 108.2 y 211.1 TRLCSP). Los dos se analizarán con detalle más adelante si bien se adelanta ya que la modificación de los contratos administrativos se somete a mayores controles como son, entre otros, el informe jurídico y el del Consejo de Estado.

En definitiva, siendo cierto que existen puntos que diferencian a ambos regímenes, y dentro del administrativo a los de cada uno de los contratos típicos, lo cierto es que en líneas

generales la remisión del régimen administrativo al régimen general se produce precisamente en los elementos más importantes: supuestos y límites. Estos dos aspectos extienden así su ámbito de aplicación a todos los contratos cubiertos por la LCSP.

Así pues, recapitulando, y cerrando la sección sobre el ámbito de aplicación se puede afirmar que el régimen general de los modificados se aplica a:

- i) Los contratos privados de la Administración Pública tal como se definen en el artículo 20 TRLCSP;
- ii) Los contratos armonizados de los poderes adjudicadores en la medida en que son considerados contratos privados (artículo 20);
- iii) Los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores (artículo 20);
- iv) Los contratos de los restantes entes del sector público (artículo 20).

Mientras que el régimen administrativo se aplica a los contratos administrativos, que son los contratos celebrados por la Administración Pública sean típicos, o atípicos y vinculados al giro administrativo. A su vez, cada uno de los contratos administrativos típicos tiene ciertas especialidades que analizaremos más adelante.

Respecto al **ámbito temporal de aplicación**, señalar que la LES contiene una Disposición Transitoria Séptima que expresamente señala que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, se regirán en cuanto a sus efectos por la normativa anterior. Así pues, todos los contratos adjudicados antes del 6 de marzo de 2011 no se rigen por las disposiciones ahora comentadas. Ahora bien, los contratos previos deben ser interpretados conforme al Derecho europeo y, por tanto, en cierta medida deben observar el espíritu que impregna la LES¹³⁰⁷. Por ejemplo, en el Acuerdo núm. 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón aunque la normativa aplicable sea la LCAP, en base a la cual sería posible la modificación, ésta se considera sustancial al aplicar un test similar al del TRLCSP. Se concluye que “las modificaciones de un contrato no previstas, que introduzcan soluciones tecnológicas que amplíen las prestaciones de manera sustancialmente diferente a las originarias, vulneran las exigencias del derecho comunitario, y suponen un nuevo contrato que obliga a su licitación y adjudicación mediante un

¹³⁰⁷ Ello ocurre, por ejemplo, en el Informe 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 15 de abril de 2009.

procedimiento en concurrencia competitiva”¹³⁰⁸.

Sin embargo, habrá otras cuestiones, como el exacto porcentaje del 10% fijado como límite en la LES que no debe entenderse parte de la interpretación de la normativa previa, en la medida en que ni el propio TJUE así lo entendía¹³⁰⁹.

6.2. El interés general y su doble naturaleza de presupuesto habilitante y de límites

A la hora de modificar el contrato, el interés público ha sido siempre un presupuesto habilitante. Pero, además, también ha cumplido la función de límite de la modificación. Veamos con detenimiento estas dos funciones del interés público.

Entre los presupuestos habilitantes hay uno que ha sido siempre condición necesaria para la modificación de los contratos: la existencia de un interés público que aconseje modificar el contrato. Si no concurre dicho interés la modificación no se podrá llevar a cabo, y ya no será necesario comprobar si concurren el resto de causas.

El Consejo de Estado señala que el interés público es el presupuesto para ejercer la potestad de modificación¹³¹⁰, un interés que debe ser “patente, claro e indubitado”¹³¹¹. No puede ser de otra manera si de lo que hablamos es de la actuación del sector público sea o no a través del ejercicio de potestades. Eso sí, para la apreciación de dicho interés, la entidad contratante tiene un amplio margen de discrecionalidad¹³¹².

En la práctica, la alusión al interés público pretende justificar cualquier tipo de modificación, independientemente de su presupuesto habilitante o del procedimiento seguido. Ocurre que los órganos informantes se han prestado en muchas ocasiones a ese juego: centrar la atención en el interés público que se persigue y olvidar las causas que justifican la modificación.

¹³⁰⁸ Ya se pronuncia así en Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 3/2009, de 15 de abril de 2009; 23/11; 27/11 en las que señala que las normas aplicables son las de la LCAP, pero que debe interpretarse acorde a la jurisprudencia comunitaria. En sentido contrario, por ejemplo, el Informe 5/13 de la JCCA de Valencia, que entiende que “(...) es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES”.

¹³⁰⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012.

¹³¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55586, de 10 de enero de 1991; Dictamen del Consejo de Estado, 3092/1998, de 10 de septiembre de 1998.

¹³¹¹ Dictamen del Consejo de Estado, de 17 de mayo de 1979 (núm. 42179); Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de enero de 1986 (núm. 48473); 55586/1991; 2382/2003; 2383/2003.

¹³¹² Así se manifiesta, por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55586, de 10 de enero de 1991.

Por ejemplo, cuando en el contrato para la ejecución de un puente de enlace de vías perimetrales del Puerto de Málaga se plantea la modificación, que eleva el presupuesto un 65%, y que es aprobada por el Consejo de Estado ya que “es preciso articular la ejecución parcial y sucesiva de la obra a fin de asegurar un desagüe útil del río en todo momento”. Circunstancia que, huelga decir, ni es nueva ni es imprevisible¹³¹³.

O cuando el Consejo de Estado justifica una modificación del 55% en apenas un párrafo haciendo sólo alusión a las razones de interés general señalando que concurren éstas porque las modificaciones son “consecuencia directa de la ejecución de la obra, bien se introducen a fin de mejorar las necesidades viarias de la ciudad de Granada, bien por razones estéticas y de adecuación de la obra al medio físico”¹³¹⁴.

O cuando se considera que el interés público “consiste en que se acabe pronto y bien una obra”¹³¹⁵.

O en el siguiente extracto de un caso de modificación de un contrato de obra pública:

“(…) a lo que habría que unir la existencia de un interés general en introducir las referidas modificaciones aun cuando se deban, la mayoría de ellas, a necesidades que no pueden calificarse de nuevas, o que dimanen de imprevisiones imputables a la fase previa a la aprobación del proyecto originario, y el hecho constatado de que el contratista ha aceptado la modificación, constituyen circunstancias que evidencian la conveniencia de que las obras correspondientes al modificado sean ejecutadas por dicho contratista, adoptando así una solución que se viene manteniendo para supuestos similares al que nos ocupa(…)”¹³¹⁶

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen 1834/1995 de Modificación del contrato de obras “Acondicionamiento de la N-240 Tarragona a San Sebastián”, considera que, a pesar de que la modificación se debe a un proyecto muy deficiente –sin ni siquiera estudios geológicos-, y a pesar de que se ha ejecutado antes de ser aprobada, el Consejo de Estado considera que debe informarse favorablemente ya que de no modificarse el perjuicio

¹³¹³ Dictamen del Consejo de Estado, 1672/1991, de 19 de diciembre de 1991.

¹³¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 265/1991, de 9 de mayo de 1991.

¹³¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 1820/2000, de 15 de junio de 2000.

¹³¹⁶ Dictamen 175/05 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

económico sería mayor¹³¹⁷. Es decir, que prima el interés público con independencia de que no se cumplan el resto de condiciones.

O el caso de la modificación de un contrato de gestión de servicio público de un centro de menores, que por dos veces se modifica por la mayor demanda de plazas, y se ejecuta sin aprobación previa. Pero dado que la obra permite acoger a mayor número de personas, lo cual representa un interés público, debe admitirse¹³¹⁸.

Hay algunos casos en que ese interés que justifica la modificación se reduce a saber qué opción sería más onerosa para la Administración, si modificar o volver a licitar, con independencia de que concurran o no causas que lo justifican¹³¹⁹.

Lo que resulta de todos ellos es que el interés público en ocasiones ha sido el único requisito exigido, obviando que se dieran las causas que habilitan la modificación – causas imprevistas, necesidades nuevas. La idea que subyace tras esta concepción es que el interés público prevalece sobre la inalterabilidad del contrato, provocando su modificación. Este fenómeno se ha observado desde que se adoptó el modelo de contrato administrativo, y es consecuencia del sistema centrado en la *potestas*, en la unilateralidad.

Estos son sólo algunos ejemplos de la doctrina mayoritaria¹³²⁰. Lo que olvidan estas resoluciones es que además de un fin, el interés público, la ley exige que la necesidad de modificación se deba a determinadas causas. El equilibrio creado por el poder legislativo en las normas es claro: sólo si se dan ciertos presupuestos se puede aceptar un mecanismo que impacta en tanto en el principio licitatorio como en la naturaleza misma del contrato como acuerdo de voluntades. Por tanto toda modificación debe estar justificada en uno de estos presupuestos. En cierto sentido, estos supuestos dan forma, moldean, qué debe entenderse como interés público en el concreto caso de las modificaciones contractuales. Por tanto no

¹³¹⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 1834/1995, de 11 de octubre de 1995; se exige incluso depurar la responsabilidad que se hubiera podido incurrir. Lo mismo ocurre en Dictamen del Consejo de Estado, 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996.

¹³¹⁸ Dictamen 328/2013 del Consejo consultivo de Andalucía, de 15 de mayo de 2013.

¹³¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 54400, de 21 de junio de 1990: en este caso se aprueban varios modificados y adicionales, se ignoran los mecanismos de control e incluso se aprueban modificados sin dictamen del Consejo de Estado. A pesar de ello, el órgano consultivo considera que debe aprobarse el modificado porque es la opción más económica.

¹³²⁰ Otros casos en este sentido son: Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55586, de 10 de enero de 1991; Dictamen del Consejo de Estado, 1508/93, de 10 de febrero de 1994; STS, Sala Tercera, 04/05/2005 (EJ. 71616; MP: Antonio Martí García).

será válido ya esgrimir un “interés público” en la modificación si éste no puede incardinarse en uno de estos supuestos. Supuestos que, hay que recordar, deben ser interpretados estrictamente.

Una línea doctrinal minoritaria sí defendió esa postura, aplicando los presupuestos habilitantes de manera estricta, tal y como corresponde al espíritu de la norma. Así, al no darse los requisitos solía afirmarse que,

Si bien la Administración goza de un cierto ámbito de discrecionalidad para modificar un proyecto de obra, para el ejercicio de esa potestad deben darse los presupuestos exigidos por el Reglamento de Contratación y, además, esos presupuestos deben estar debidamente justificados. En el caso de que la Administración aprobase el proyecto sin que se den los presupuestos o sin que éstos estén suficientemente fundados, el poder actuante no sólo desbordaría los límites de la discrecionalidad (vulnerando así el artículo 9.3 de la Constitución), sino que además podría defraudar los principios inspiradores de la contratación administrativa, ya que de ese modo se obviaría la debida apertura y tramitación de un nuevo expediente de contratación que tendría su soporte técnico en un nuevo proyecto.

IV. Considera este Consejo de Estado que en la documentación obrante en el expediente no se aprecia justificación suficiente de los presupuestos habilitantes para modificar el proyecto, en los términos y con el alcance que se propone, sin que conste haya recaído aprobación técnica sobre el proyecto modificado, por lo que no puede alterarse el contrato, toda vez que la aprobación de aquel proyecto es “conditio sine qua non” para la modificación de la relación contractual.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen: Que no procede aprobar la modificación del contrato de obra de construcción de la Casa Consistorial de Parla.¹³²¹

O, por ejemplo, el Dictamen 1254/1993 acierta totalmente al considerar el impacto de no aceptar la modificación, selañando que “por lo que se refiere a los perjuicios que al interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, debe señalarse que tales perjuicios son connaturales a la propia Ley de Contratos del Estado y se justifican en el interés general que la Ley trata de proteger, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos”.

Un buen ejemplo sobre la aplicación individualizada de los requisitos es el de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García), sobre la modificación de la concesión de un aparcamiento. Al estudiar la existencia de interés público señala:

¹³²¹ Dictamen del Consejo de Estado, 1041/1992, de 30 de julio de 1992.

a) Con relación a lo primero, es decir al interés público, ha de entenderse por tal un interés autónomo, propio, para la sociedad o para la entidad que hace el contrato, en este, caso para la ciudadanía de Zaragoza, entendiendo, por tal que con tal modificación se satisfaga una necesidad, bien porque sea nueva, bien porque la misma haya cambiado. Es decir, el interés público que debe concurrir no es el que justifique que se haga la obra, que ya concurría y se tuvo en cuenta., para la contratación inicial, sino que el interés público que debe concurrir es el que justifique que, sobre un contrato ya existente, se haga una modificación. Por, ejemplo, que se amplíen las plazas en un contrato de aparcamiento junto a un hospital por haberse establecido cerca del mismo otro edificio de gran asistencia del público, como pueda serlo un auditorio, unas oficinas públicas importantes, etc, o por haberse hecho una ampliación del propio hospital, lo que hace que la previsión inicial quede rebasada por la nueva realidad. En este caso, no resulta que hayan cambiado en nada, o al menos de forma relevante, las circunstancias que justifiquen cambiar el contrato de aparcamiento, no habiendo habido tal ampliación. “Es decir, la necesidad de aparcamientos ya existía, y sigue existiendo. La codemandada en conclusiones invoca que el Hospital es el de referencia del sector III del Salud de Zaragoza, informe del Director General del Salud de los folios 375 y ss., así como que ha aumentado el número de cartillas, pero no justifica que haya aumentado en global el número de usuarios potenciales, pues ahora hay otros hospitales que se han desarrollado, como pueda serlo el Royo Villanova. Por otro lado, debe reiterarse, el declarar caducado el contrato y convocar un nuevo concurso adaptándolo. a la nueva situación en cuanto al solar, tipo de edificación, etc, no habría dejado sin satisfacer tal interés público. Como ya se ha dicho, si en 2008, cuando se pidió la modificación, se hubiese denegado, sé hubiese declarado la caducidad, en su caso fijado la consiguiente indemnización y convocado nuevo concurso, se podría haber hecho en el mismo tiempo, o en menor que en el que se resolvió la modificación. De hecho, el inicial tardó unos meses y la modificación año y medio, de 11-9-2008 en que se hizo la propuesta, preliminar del Departamento de. Concesiones a 11-4-2010. Por tanto, ni el interés público había cambiado, ni la solución alternativa de caducar y convocar uno nuevo lo hubiese dejado sin satisfacer.

Y es más, dado que existía otro proyecto de parking (el de la parte actora), habría que tener en cuenta también esa nueva oferta de plazas, lo que hacía todavía más difícil justificar el interés público en la modificación. En este asunto la Sala además insiste en que

En realidad, el único interés público que se satisfaría sería interno en relación al contrato, el que el Ayuntamiento se libraría de indemnizar por la paralización en la ejecución del contrato, que es esencialmente imputable al mismo. Pero no puede considerarse como un interés público digno de protección, en cuanto, como se ha dicho, éste debe ser un interés público nuevo, ajeno al contrato, o al menos surgido después del mismo, pero no por derivación de una mala ejecución o convocatoria de éste

En el texto vigente sólo hace referencia al interés público en el artículo 202 TRLCSP que regula la modificación como prerrogativa, pero nada se dice al respecto en los arts. 105 a 108 TRLCS que recogen el régimen general de modificación de los contratos. Por esta razón algunos autores consideran que no será necesario justificar las razones de interés público en el caso de modificación de contratos privados¹³²² en la medida en que el legislador no lo ha impuesto en el artículo 107, como sí ha hecho en el 202. Otra parte de la doctrina mantiene la postura contraria, esto es, que sí es necesario justificar razones de interés público en la

¹³²² J. . Díez CALZADA, “Comentario al nuevo régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”, cit., p. 58-67.

modificación de contratos privados¹³²³, en tanto que toda actividad administrativa debe verse sometidos al artículo 103.1 CE. Esa postura es indiscutible en el caso de contratos privados de la Administración, y considero que también en el caso de los demás contratos del sector público en la medida en que los mandatos constitucionales le son de entera aplicación. Así pues, se requiere que concurra el interés público sean o no contratos administrativos – aunque de la norma parezca que sólo se exige en caso de contratos administrativos¹³²⁴. Sólo bajo el paraguas de dicho interés puede la Administración, y sus entes instrumentales, actuar.

En conexión con el interés público que debe perseguir toda modificación está la existencia de desviación de poder cuando ese aspecto se omite. Si se realiza la modificación con otros fines estaríamos en el terreno de la desviación de poder, figura que estudiamos al abordar la invalidez de la modificación.

Además de como presupuesto habilitante, el interés público también funciona como límite a la modificación. Dado que la modificación supone excepcionar los principios que rigen la modificación, su utilización debe ser limitada. Con la aprobación de la LES una manifestación del interés general como límite se encuentra en el artículo 105 TRLCSP, en el que se establece como límite el hecho de que las partes sólo introduzcan “las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”. Por tanto, está imponiendo a la entidad contratante un límite máximo a la modificación: que no vaya más allá de lo estrictamente necesario.

6.3. Los presupuestos habilitantes

En el TRLCSP, los artículos 105 a 108 recogen el régimen general de la modificación de los contratos del sector público. En él se encuentran los supuestos que permiten la modificación del contrato. Estos presupuestos sólo operan en el caso de modificaciones imprevistas. En el caso de que los pliegos ya previeran la posibilidad y las condiciones de modificación entonces no es necesario justificar ésta, que encontrará cobertura legal en el propio contrato.

La idea de una serie de presupuestos habilitantes estaba ya presente en las leyes anteriores,

¹³²³ J. COLÁS TENA, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, cit.

¹³²⁴ En este sentido también J. C. GRIS GONZÁLEZ, “La modificación de los contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 28, 2012., p. 5.

si bien ahora se abandonan los enunciados genéricos como “necesidades nuevas” y “causas técnicas imprevistas” de la LCE, “necesidades nuevas” y “causas imprevistas” de la LCAP, o “causas imprevistas” de la LCSP. Ahora esos conceptos indeterminados se desarrollan y se completan con otros, lo cual tiene el efecto de constreñir la discrecionalidad a la hora de modificar el contrato. Incluso en los contratos privados de la Administración y del resto del sector público se deberán observar estos presupuestos (recordemos que la única diferencia formal parece ser que en el caso del régimen general, que aplica a todos los contratos, no se menciona el interés público como prerequisite, algo que sí ocurre en el régimen administrativo).

Si estos prerequisites no concurren, no se puede acudir a la modificación del contrato. Hacerlo en esos casos sería cometer una ilegalidad que en el mejor de los casos supone la invalidez del modificado y en el peor incluso la prevaricación. Estudiemos cuales son esos supuestos.

6.3.1. Las modificaciones previstas

El primero de los supuestos que el TRLCSP contempla es el de las modificaciones previstas. La norma permite que se lleven a cabo modificaciones del contrato cuando éstas ya estuviesen previstas en los pliegos. Se trata de un supuesto que ya preveía la doctrina del Consejo de Estado, y que más tarde también contempló la jurisprudencia del TJUE, como ya vimos.

Ahora se recoge en el artículo 106 TRLCSP, el cual establece una serie de condiciones que deben cumplir estas cláusulas. Es decir, que no vale cualquier declaración que deje abierta la posibilidad de modificación futura. Según lo que dice el precepto debe tratarse de i) cláusula expresa; ii) que detalle clara, precisa e inequívocamente las condiciones; iii) que detalle el alcance y límites de la modificación, con expresa mención del porcentaje máximo; iv) que fije el procedimiento.

El propio precepto establece que el grado de claridad vendrá marcado por el hecho de que se trata de circunstancias que puedan verificarse de manera objetiva, así como que sea suficiente para “permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”. Ello no es más que una expresión del principio de

transparencia tal y como lo entiende el Derecho europeo.

Es más, la claridad de las cláusulas es condición de validez de las mismas. Y si no son válidas, toda modificación realizada en base a éstas debe ser juzgada bajo los parámetros de las modificaciones imprevistas. Por ejemplo, ya no es aceptable una cláusula genérica del tipo: “El órgano de contratación, podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y en su caso las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”.

No hay que perder de vista que lo que permite la introducción de este tipo de cláusulas modificatorias es precisamente su bajo potencial distorsionador sobre la competencia efectiva en la licitación. Si la cláusula está redactada de modo transparente todos los interesados pueden hacerse una idea del efecto que tendrá en el desarrollo del contrato.

Esta conexión con el principio de transparencia es la que obliga a que estas cláusulas estén “en los pliegos o en el anuncio de licitación”¹³²⁵. Por tanto, no es posible que nuevas cláusulas se incorporen al contrato. En esos casos habrá que considerar que las modificaciones realizadas se consideran imprevistas y, por tanto, aplicar los preceptos oportunos.

Si se introducen estas cláusulas deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el contrato de cara a su adjudicación. Si después no se ejecutan, no estaremos ante una modificación¹³²⁶. Ahora bien, habrá que controlar que la introducción de estas modificaciones no tenga como fin oficioso el restringir la competencia a través de un incremento de valor ficticio, es decir, no ejecutando las cláusulas, pero aumentando los requisitos de solvencia de los licitadores. Por último, las modificaciones a la baja que estén previstas no deben tenerse en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato¹³²⁷.

Respecto al alcance que pueden tener estas modificaciones, la JCCA en su Informe 43/2008 sobre el artículo 202 LCSP considera, incluso, que las modificaciones previstas en los pliegos pueden afectar a las condiciones esenciales¹³²⁸. En mi opinión no creo que deba haber

¹³²⁵ El Acuerdo 44/2012, TARC Aragon considera que debe fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas.

¹³²⁶ STSJ Madrid 7 noviembre 2013, ar. 377606.

¹³²⁷ Informe 44/2012 JCCA de 7 mayo 2013.

¹³²⁸ Informe 43/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 2008.

mayor problema para ello, siempre que ese alcance esté recogido en los pliegos de manera detallada y su potencial valor tenido en cuenta en el valor total estimado del contrato (art. 88 TRLCSP)¹³²⁹. Por ejemplo, una cláusula que, ante el aumento de la población, prevea la ampliación del contrato a dos nuevos barrios será aceptable aunque ese aumento suponga un porcentaje que en otra situación sería sustancial. Lo mismo con las extensiones de plazo. Un contrato de 4 años más 2 no deja de ser una modificación del 50% del contrato, pero al estar comprendida en los pliegos permite a los operadores económicos presentar una oferta acorde a esta previsión.

En este sentido, el caso de una cláusula que prevé una modificación del 21%, y por tanto superior al límite del 10%, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público considera que precisamente por estar prevista en los pliegos el régimen aplicable es el del art. 106 y no el 107 de modificaciones imprevistas¹³³⁰.

Para solucionar este problema se puede acudir al Derecho civil. Y es que sustancial no equivale a ilimitada o infinita. Ello iría contra el Derecho civil, que impide dejar el contrato a la voluntad de una de las partes (en cuyo caso se considera que el contrato no cumple con el requisito esencial de ser determinado ex art. 1273 CC). Pero también contra el principio de libertad de acceso a las licitaciones, la salvaguarda de la libre competencia (art. 1 TRLCSP) y el principio competitivo del artículo 18 de la Directiva 2014/24, que se refiere directamente a la manera en que se conciba la compra pública:

Artículo 18. Principios de la contratación

(...)

“La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”

Es posible que estas modificaciones previstas den lugar a cierto nivel de litigación en la medida en que muchas veces saber lo que está o no cubierto por una de estas cláusulas es cuestión de compleja interpretación. Puede perfectamente ocurrir que un interesado decida impugnar una modificación prevista cuando se ejecute por considerar que se extra-limita y va más allá de la cláusula de modificación. Si ese fuese el caso veríamos como en España se

¹³²⁹ Informe 44/12, 7 mayo 2013. "Cálculo del valor estimado de un contrato con modificaciones previstas".

¹³³⁰ Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, 24/2015, de 6 de febrero de 2015.

producen debates similares a los que en Estados Unidos ocurren en torno a la doctrina del *cardinal change*, utilizada no sólo para reclamaciones entre partes contratantes, sino también por los terceros interesados¹³³¹.

Que esté o no cubierta por una cláusula del contrato es importante. Por ejemplo, a la hora de definir el órgano competente en el ámbito local. Si entendemos que lo que se lleva a cabo es la ejecución de una cláusula prevista, será competente, en el ámbito local, la Junta de Gobierno. Sin embargo, si entendemos que es aplicación del *ius variandi*, entonces será el Pleno. La utilización incorrecta puede suponer la nulidad de pleno derecho¹³³².

Los casos siguientes sirven para ilustrar el alcance que pueden tener estas cláusulas.

Por ejemplo, en un contrato de gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia se amplía la prestación para dar cobertura a un nuevo Convenio de colaboración Ayuntamiento-Comunidad de Madrid, aumentando cada uno de los lotes en un 33,58%, un 29,72% y un 24,82%. El Consejo Consultivo considera que es válida una cláusula como la siguiente: “Asimismo, el contrato incluye una cláusula de modificación al alza para posibilitar la prestación de este servicio a las personas declaradas dependientes por la Comunidad de Madrid, en virtud de los acuerdos de colaboración que se formalicen entre ambas administraciones”. Se especifica que la cantidad máxima será de 54,5 millones de euros. E incluso especifica que “Las prestaciones que recibirán los nuevos usuarios serán idénticas a las que se presten a los colectivos de la Ciudad de Madrid a los que se dirige el servicio”. En definitiva, que se preveía la posibilidad de introducir una modificación como la que se aprueba¹³³³.

Lo mismo en el contrato de gestión del servicio de bicicletas de Madrid (BICIMAD), donde se incluye una cláusula como la que sigue, donde se define el alcance de la posible modificación:

“a) por una ampliación del servicio de bicicleta pública, dichos supuestos no podrán suponer un incremento superior a 2.490 bicicletas sobre el número de bicicletas inicial establecido en el pliego de prescripciones técnicas. Además el porcentaje anual de dicho incremento no podrá

¹³³¹ Nos remitimos ahora al estudio llevado a cabo sobre los Estados Unidos.

¹³³² STSJ Cataluña, Sala Contencioso-Administrativo, 25/10/2013 (Ar.48850; MP: José Manuel Soler Bigas)

¹³³³ Dictamen Consejo Consultivo de Madrid, 107/2013, 20 marzo 2013; después se volvería a modificar en el Dictamen Consejo Consultivo Madrid, 167/2014, 23 abril 2014 que también acepta por ser una modificación prevista. Y en el Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 199/2015, de 22 de abril de 2015, si bien esta vez supera el límite porcentual fijado en las cláusulas por lo que no puede modificarse.

ser superior al 30% del número inicial de bicicletas durante los 10 primeros años del contrato ni un 5% en los dos últimos años”¹³³⁴.

6.3.2. Error u omisión en el proyecto o las especificaciones técnicas

Tras haber planteado la necesidad de una motivación de interés general y la existencia de cláusulas que permiten la modificación, es momento de estudiar el primero de los supuestos en los que se puede llevar a cabo una modificación no prevista: el error u omisión en proyecto o especificación técnica. Es decir, se aborda el problema de los errores u omisiones padecidos en el proyecto o en las especificaciones técnicas. Un problema que ha acompañado a la modificación desde sus orígenes, v.g art. 42 de los Pliegos de 1861, y que aún hoy representa la causa de la mayoría de los modificados (cerca del 43% según el estudio de GANUZA ya citado)¹³³⁵.

Al permitir la modificación del contrato por causa de error u omisión se da continuidad a una postura que implícitamente ya se encontraba en la legislación anterior, si bien entonces lo que ocurría era que la norma limitaba la posibilidad de que estos errores u omisiones fuesen causa de resolución contractual –como sí ocurría en Derecho civil. Por ejemplo, el RGCE en su artículo 158 regulaba los errores materiales (los que se refieren a cantidades o importes) dentro del capítulo dedicado a la extinción del contrato. Se limitaba la posibilidad de que los errores fuesen causa de resolución del contrato:

“Los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración no anularán el contrato sino en cuanto sean denunciados por cualquiera de las partes dentro de los dos meses computados a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo y afecten, además, al Importe del presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100.

Caso contrario los errores materiales sólo darán lugar a su rectificación, pero manteniéndose invariable la baja proporcional resultante en la adjudicación.”

Es decir, *ex lege* se establecía a partir de qué umbral los errores materiales podían afectar al consentimiento y por tanto invalidar el contrato. Esto ocurría sólo si se denunciaban los errores a los dos meses y su importe superaba el 20% del presupuesto. En cualquier otro caso sencillamente se rectificaban.

La LCAP, por su parte, en su artículo 150 considero como causa de resolución del contrato

¹³³⁴ Sobre su modificación Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 274/2015, de 20 de mayo de 2015.

¹³³⁵ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

la alteración superior al 20% derivada de errores materiales del proyecto o del presupuesto. Pero, ¿qué ocurría con los errores de hecho, es decir, aquellos de carácter conceptual o técnico derivados de una defectuosa apreciación inicial? En términos generales se asumía que este tipo de errores habilitaban la modificación del contrato (v.g artículo 154 RGCE: cuando la modificación trajera causa de “defecto o imprevisión imputable a sus autores o supervisores [del proyecto]”...).

Lo que parece claro es que la existencia de errores –independientemente del responsable- no impedía que entrara en juego el presupuesto habilitante del interés público, que parecía justificar las modificaciones. El Consejo de Estado es constante en su doctrina: censura la mala confección de los proyectos, pero considera que el interés público aconseja modificar el contrato¹³³⁶. HORGUÉ BAENA observa como a principios de los noventa comienza a darse un giro en la doctrina del Consejo de Estado, que se vuelve cada vez más estricto y comienza a considerar que los errores no pueden quedar amparados bajo las causas habilitantes de la modificación¹³³⁷. Incluso, se llega a afirmar que el *ius variandi* no puede utilizarse para “salvar posibles deficiencias o imprevisiones técnicas contenidas en el proyecto”¹³³⁸ – en ese caso no se dan necesidades nuevas o causas imprevistas. Debe ajustarse el contrato a través de otros instrumentos. En este sentido, por ejemplo, cuando se pretende introducir una modificación de doble sentido (reducción de prestaciones e inclusión de nuevas) con el fin de salvar las imperfecciones en la redacción del proyecto, lo cual no puede calificarse como “causa imprevista”¹³³⁹.

Pero lo cierto es que en líneas generales el error u omisión en el proyecto ya era causa de modificación del contrato, incardinada dentro de las causas imprevistas. Así se pronuncia ROLLÓN, que consideró que las deficiencias del proyecto no se pueden considerar nuevas necesidades, pero sí causas imprevistas¹³⁴⁰. Y, aunque no era lo normal, en ocasiones había errores que, por su magnitud, debían conducir necesariamente a la resolución del contrato. Por ejemplo, el Consejo de Estado en el Dictamen 4350/1997, ante una modificación del

¹³³⁶ Nos remitimos a los ejemplos citados en el apartado sobre el interés público. Ejemplo clarísimo de ello es Dictamen del Consejo de Estado, 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996.

¹³³⁷ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 86.

¹³³⁸ Así, Memoria del Consejo de Estado del año 2001, p. 146.

¹³³⁹ Dictamen del Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, 20/2012, de 2 de febrero de 2012.

¹³⁴⁰ J. ROLLÓN MUÑOZ, “Comentario al artículo 101 TRLCAP”, en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002., p. 941.

63% señala que

Es de reseñar, en primer término, que la necesidad de la mayoría de las modificaciones técnicas previstas son el resultado, sin duda, de las deficiencias e imprevisiones técnicas de que adolece el proyecto de obras inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas durante las actuaciones preparatorias practicadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, como se infiere del Acta de Comprobación del Replanteo, en donde se constatan -antes de la iniciación de las obras-, los vicios del proyecto, así como la inadecuación de sus previsiones técnicas a la realidad física del terreno, y la necesidad de redactar un Proyecto Modificado.

A la luz de las deficiencias advertidas en el acto de comprobación del replanteo, la Administración contratante debió, pese a la ausencia de manifestaciones en contra de la empresa contratista, acordar la suspensión de la iniciación de las obras, al amparo del artículo 127 del Reglamento General de Contratación, y la resolución del contrato adjudicado, en su caso, con el objeto de elaborar detenidamente un nuevo proyecto de obras, adecuado a la realidad física de los terrenos.¹³⁴¹

Ahora, se deslinda el error y la causa imprevisible y se consagra el error u omisión como supuesto diferenciado. El artículo 107.1 a) permite la modificación en caso de:

107.1.a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

La redacción del precepto es sin duda generosa con este tipo de modificados. Nada se dice de la diligencia que deben mostrar las partes a la hora de redactar el proyecto o las especificaciones técnicas, algo que sí se hace en el siguiente apartado (circunstancias imprevisibles). Así pues, el precepto parece configurar un concepto de error totalmente objetivizado. Sin embargo, la JCCA considera que las entidades adjudicadoras deben interpretar el 107.1.a) en términos análogos al 107.1.b)¹³⁴², esto es, teniendo en cuenta la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional, lo cierto es que el precepto nada dice al respecto. Asimismo, habrá que tener en cuenta que a la hora de aplicar este supuesto también hay que aplicar los límites que recoge el 107 TRLCSP, lo cual será garantía de que no se lleva a cabo una modificación sustancial por este motivo. Ejemplo de ello es la negativa de modificar el contrato debido a errores materiales del proyecto cuando éste era el encargado de elaborarlo¹³⁴³.

¹³⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997.

¹³⁴² Informe 73/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 1 de marzo de 2012.

¹³⁴³ STSJ Murcia, Sala Contencioso-Administrativo, 16/12/2005 (Ar.4913; MP:Esperanza Sánchez de la Vega)

Hay que notar que mientras la redacción tradicional sólo permitía este tipo de modificaciones en el caso de proyectos redactados por la Administración, ahora parece extenderse a todo tipo de proyectos.

Como señala GIMENO FELIÚ, la doctrina de los órganos consultivos arroja otras cuestiones interesantes que pueden ayudar a limitar la excesiva flexibilidad que este supuesto ofrece. Por ejemplo, no puede ser parte de la modificación del contrato nada que, habiendo sido puesto de manifiesto en la fase de audiencia pública del proyecto, se hubiera ignorado en el proyecto¹³⁴⁴.

6.3.3. Circunstancias imprevisibles.

La segunda de las circunstancias que puede concurrir para justificar la modificación del contrato es la de las circunstancias imprevisibles. El artículo 107.1.b) detalla esta regulación como sigue:

107.1.b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

Hay que notar el cambio de redacción. Del anterior uso de “causas imprevistas” por el más preciso “no fuese previsibles” o imprevisibles – un término que utilizó el RCCL 1953 en el ámbito local, pero que no se utilizó en la legislación estatal. Si un *imprevisto* puede ser todo aquello que no fue previsto, por *imprevisible* debe entenderse aquello que no fue previsto, pero tampoco pudo serlo. Cuando antes de la LES se consideraba que el concepto “causas imprevistas” debía ser interpretado restrictivamente, se estaba haciendo alusión a este nuevo concepto de circunstancia imprevisible, esto es, a aquello razonablemente imprevisible cuando se redactó el proyecto o las especificaciones técnicas¹³⁴⁵.

Al fin se ha superado el concepto de imprevisto por el más estricto de imprevisible. El reciente Acuerdo 76/2015 del TARC de Aragón matiza que “imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se

¹³⁴⁴ Dictamen 70/07, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

¹³⁴⁵ J. M. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*, cit., p. 256.

puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después. Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión”¹³⁴⁶.

Este concepto deberá ser interpretado siguiendo además estas líneas:

- i) Las circunstancias imprevisibles tienen una causa objetiva;
- ii) El proyecto o especificaciones técnicas pierden su idoneidad para lograr la ejecución;
- iii) No se pusieron de manifiesto antes de la adjudicación;
- iv) No era previsible ni siquiera aplicando la diligencia requerida.

El precepto deja fuera por tanto toda causa subjetiva. Entre ellas destacan las de tipo “funcionamiento interno de la Administración” o incluso las debidas a relaciones interadministrativas. Una aproximación mucho más estricta influenciada sin duda por la interpretación del TJUE del concepto de imprevisibilidad.

Respecto a las causas objetivas el propio precepto apunta que debe tratarse de “circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares”. Pero, además, deben ser circunstancias que se pongan de manifiesto con posterioridad a la adjudicación. Al señalar que debe tratarse de circunstancias similares, surgen dudas de si deben incluirse las circunstancias de tipo legal. Por ejemplo, la existencia de servidumbres que se desconocía que existían, o incluso unas condiciones expropiatorias diferentes a las originalmente previstas. Se puede argumentar que el párrafo se centra en circunstancias naturales. Pero ello dejaría fuera a un ramillete de circunstancias que hasta ahora eran causa de modificación del contrato.

A la hora de estudiar este párrafo del precepto puede ser útil hacer una breve reflexión sobre la recepción de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de ciertas doctrinas relacionadas con el riesgo imprevisible.

¹³⁴⁶ Acuerdo 76/2015 TARC Aragón

En España, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo acoge la cláusula *rebus sic stantibus* que, por tanto, es aplicable a la contratación pública¹³⁴⁷. Una cláusula que en Derecho Administrativo a veces se acompaña de la alusión a la *teoría de la imprevisión*¹³⁴⁸, obra del *Conseil d'Etat* francés, que permite que en la contratación administrativa se reconozca y acoja la teoría del riesgo imprevisible mientras que en el Derecho civil se sigue una aplicación rígida al respecto¹³⁴⁹.

El asunto *Gas de Burdeos*, resuelto por el *Conseil d'État* francés en 1916, suele citarse como origen de esta doctrina, que irá siendo desarrollada en la primera mitad del siglo XX¹³⁵⁰. En este *arrêt* el contratista considera que tiene derecho a un incremento del precio fijado en el contrato de concesión de suministro de gas, debido al incremento en el precio del carbón – material utilizado para dar cumplimiento a las obligaciones. Argumento que es acogido por el *Conseil d'État* al considerar que si bien la variación del precio de los materiales entra dentro del *aleas* normal del contrato, hay que considerar que el enemigo (Primera Guerra Mundial) había ocupado las regiones productivas de carbón, lo cual produce una alteración no sólo excepcional en el precio de la materia prima que “dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession”¹³⁵¹. Ello produce que la economía del contrato se haya roto y no pueda asegurarse el funcionamiento del servicio mientras dure esta circunstancia excepcional. Interesa por tanto “rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale”. Y se decide que las partes se pongan de acuerdo sobre el precio, o en caso contrario sea la sala de instancia la que imponga un precio.

La trascendencia de esta decisión en nuestra materia es enorme. Para HAURIUO este fallo se explica por los principios de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos. Es precisamente la idea de servicio público el elemento esencial que justifica la

¹³⁴⁷ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 281.

¹³⁴⁸ No confundir la teoría de la imprevisión con la de las “sujétions imprévues”.

¹³⁴⁹ No ocurre lo mismo con la jurisprudencia Civil que tradicionalmente se ha opuesto a la aplicación de cualquier tipo de sentencia que mitigue los efectos de las circunstancias imprevisibles.

¹³⁵⁰ Arrêt Conseil d'État Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, 30 marzo 1916.

¹³⁵¹ <http://www.legifrance.gouv.fr> (accedido octubre 2014)

aplicación de las teorías del riesgo imprevisible al Derecho Administrativo, erigiéndose así el servicio público en un elemento que se incorpora y domina al contrato. Y es que, como observa ARIÑO, a los principios de Derecho privado que justificaban el *rebus sic stantibus* (intención de las partes y equidad), hay ahora que añadir principios exclusivamente administrativos como el principio de conveniencia de los servicios públicos y el principio de igualdad de cargas¹³⁵². Como dice el Consejo de Estado la doctrina de la imprevisión está conectada con la valoración de la buena fe en el establecimiento del vínculo contractual y la ponderación del fin como elemento esencial calificativo de toda institución o norma jurídica”¹³⁵³.

La teoría de la imprevisión emerge así como aquella donde “se encuentra el auténtico sentido de las relaciones entre la Administración y el contratista”¹³⁵⁴. Ahora bien, dicha teoría, tal y como ocurre con la cláusula *rebus sic stantibus*, no tiene aceptación expresa en la legislación. El artículo 258 TRLCSP que antes citábamos recoge de manera tasada las causas que provocan la necesidad de reequilibrar el contrato, no figurando entre ellas la del riesgo imprevisible¹³⁵⁵.

En España, en el ámbito de la contratación pública, la teoría de la imprevisión no se aplica como tal, sino que sus mismas consecuencias se logran en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*¹³⁵⁶. En una formulación muchas veces repetida, el Consejo de Estado señala que

“(…) ha sostenido en señaladas ocasiones que cuando las previsiones contractuales devienen ineficaces como consecuencia de la aparición de un riesgo o circunstancia extraordinaria ajena a la voluntad de los contratantes, que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, y que, a su vez, altera las condiciones de ejecución del mismo de manera que la prestación pactada resulta más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente se había previsto, es posible la indemnización de ese mayor coste que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado.

A tal conclusión conduce la aplicación de la doctrina de la imprevisión, conectada con la teoría de la "cláusula *rebus sic stantibus*" y la valoración de la buena fe como principio que debe presidir las relaciones contractuales; doctrina a la que no ha permanecido ajeno el Consejo de Estado como medio de restablecimiento del equilibrio económico en los contratos. Desde el

¹³⁵² G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p.281, 294

¹³⁵³ Memoria del Consejo de Estado del año 1987, p. 123.

¹³⁵⁴ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, cit., p. 545.

¹³⁵⁵ En línea con la LCE, donde “no cabe construir prima facie una doctrina de la imprevisión”. Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 329.

¹³⁵⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV., p. 423; sobre la Conexión de riesgo imprevisible y *rebus* ver STS 30 abril 1999; 26 diciembre de 1990.

Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha declarado que cuando las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no pueden lograr su finalidad, parece conforme a su espíritu, remediar, por aplicación de aquella doctrina, el desequilibrio sobrevenido, y cubrir los gastos no cubiertos por otros medios. Y ello por cuanto "no puede confundirse el riesgo o alza que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal. En este último caso el riesgo no debe pesar sobre el contratista a todo evento, estando previstos los supuestos de resolución, indemnización y exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio del contrato" (dictamen del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1987 (expte núm. 50.226).

Conviene señalar, no obstante, que la aplicación de la doctrina de la imprevisión, exige, por su misma naturaleza, de cautelas especiales y de una interpretación estricta que evite efectos expansivos no deseados. Tal doctrina no está concebida como una garantía del beneficio del contratista, ni como un sistema de aseguramiento que cubra las posibles pérdidas a que puede dar lugar normalmente la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público, sino como un mecanismo capaz, según declara la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal de 11 de julio de 1978 y 21 de octubre y 13 de noviembre de 1980), de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales. En otro caso, se desvirtuaría su esencia, convirtiéndola en una cláusula general no escrita, pero aplicable en todo caso a todo contrato a modo de una "condictio sine causa generalis", lo que pugnaría con la regla del riesgo y ventura propia de los contratos administrativos y con la propia razón de ser de la doctrina de la imprevisión, que no es otra que la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1.091 del Código Civil"¹³⁵⁷.

Doctrina, la del *rebus sic stantibus*, que "conduce a aplicar los principios de equidad (art. 3.2 del Código Civil) y de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), ante la aparición de un riesgo anormal que cercenara el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública, denominado "riesgo razonablemente imprevisible", cuya constatación habrá de hacerse atendiendo al caso concreto y ponderando las circunstancias concurrentes. Se trata de hechos que, acaecidos sin culpa de los contratantes, producen en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que hace que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de aquella devenga excesivamente oneroso para él mismo, y que éste razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia que le resulte exigible en este tipo de contrataciones"¹³⁵⁸.

¹³⁵⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 2738/2004, de 11 de enero de 2005

¹³⁵⁸ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar.192625; MP: Juan Pedro Quintana Carretero) "En este caso afirman que la teoría debe ser más rigurosa en el caso de contratos de obra: No obstante, conviene precisar que esta última consideración se manifiesta con especial intensidad en los contratos de gestión de servicio público y en los contratos de concesión de obra pública, donde el riesgo de explotación constituye un elemento esencial y en relación con los cuales la legislación contractual establece reglas específicas para restablecer el equilibrio económico. De manera que la apreciación de circunstancias que

Doctrina y jurisprudencia exigen la concurrencia de varios requisitos para entender que estamos en un caso de imprevisión:

- i. Que se trate de una **circunstancia extraordinaria**. En ocasiones se habla de un riesgo “patológico y desmesurado”¹³⁵⁹. Por tanto, si el riesgo no va más allá de la aleatoriedad normal, no debe considerarse la aplicación de la cláusula¹³⁶⁰. Tampoco si en el propio contrato ya se ha pactado la manera en que se produce esa distribución de riesgos. Además, dicho riesgo debe provocarlo **una circunstancia imprevisible e inevitable**.

Estos elementos fácticos –circunstancia extraordinaria, imprevisible e inevitable– deben ser probados por la parte actora, que deberá cuidar que en el habitual informe pericial se identifique adecuadamente la causa o circunstancia y el perjuicio¹³⁶¹.

La multitud de situaciones distintas llevan a estudiar caso por caso. Veamos algunos ejemplos.

Sí concede compensación en el caso de un contratista que tuvo que contratar vigilancia adicional debido a las protestas contra una obra¹³⁶².

O cuando una decisión judicial considera improcedente seguir aplicando la bonificación del IBI en un 95% a determinadas concesiones. Este fallo supone que se acepte que “habrá que proceder a esa compensación [por riesgo imprevisible] cuando la alteración sea consecuencia de fallos judiciales que conlleven el cambio de alguno de los elementos configuradores del régimen económico”¹³⁶³.

Sí se estima en el caso de la aparición de un obstáculo bajo el plano de cimentación del terreo destinado a la construcción de los inmuebles previstos, lo que provocó una ralentización del

pudieran justificar la aparición del llamado riesgo razonablemente imprevisible determinante del restablecimiento del equilibrio económico en el contrato de obras ha de realizarse con especial rigor, dada su naturaleza y la intensidad con el que su ejecución se ve presidida por el principio de riesgo y ventura”.

¹³⁵⁹ Dictamen Consejo de Estado, 3205/2003, 20 noviembre 2003 sobre litigantes asfálticos.

¹³⁶⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 167.

¹³⁶¹ STS, Sala Tercera, 04/02/2014 (Ar.1852; MP:Celsa Pico Lorenzo): dice la sala que “el informe de Price Waterhouse Coopers en que sustenta la reclamación económica no es capaz de discriminar entre las causas que analiza. Así en el informe escrito combina evolución negativa de tráfico respecto al previsto en el momento de la licitación, el incremento de los costes de las expropiaciones respecto a las previstas en la oferta y el incremento de la financiación finalmente obtenida”.

¹³⁶² Dictamen del Consejo de Estado, 2738/2004, de 11 de enero de 2005.

¹³⁶³ STS, Sala Tercera, 15/10/2012 (Ar.1482; MP:Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

ritmo de la obra¹³⁶⁴.

O un incremento del precio fijo establecido en un contrato de recogida de basuras por el crecimiento turístico imprevisible del municipio¹³⁶⁵.

O en algunos casos de subida del precio de los materiales ligados al petróleo¹³⁶⁶, si bien en muchos entiende que la estos incrementos forman parte del riesgo y ventura que debe asumir el contratista en el caso de un contrato de obras¹³⁶⁷.

No lo concede en caso de huelga al considerar que ésta no puede considerarse como un fenómeno ajeno a la actividad empresarial, por tanto sus efectos deben ser soportados por el contratista, salvo que los pliegos considerasen lo contrario o una norma la incluyese en los supuestos de fuerza mayor¹³⁶⁸.

Tampoco es un acontecimiento extraordinario el que se reduzca el tráfico previsto en una concesión de obra pública. Así se pronuncia la Sentencia de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012), ejemplo del conjunto de sentencias que en tiempos recientes se han pronunciado sobre casos similares:

“...es de reiterar lo que ya declaró esta Sala en litigio similar al presente en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1852) (casación 486/2011) sobre que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión; y para reforzar lo anterior merece transcribirse de ella esta concreta declaración:

Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo”.

¹³⁶⁴ STS 11 de mayo de 1995, ar. 4474.

¹³⁶⁵ STS 1 de julio de 1992, ar. 6099.

¹³⁶⁶ STS 16 de septiembre de 1988, ar. 7046; o más reciente STS 23 abril 2012.

¹³⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 635/2005, de 5 de mayo de 2005.

¹³⁶⁸ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 31 de marzo de 2009 (60/2008).

Tampoco cuando se produzca una subida de salarios en virtud de un Convenio Colectivo conocido en el momento de la adjudicación¹³⁶⁹. Ni la revisión de un Convenio¹³⁷⁰. Se entiende que “la periódica negociación colectiva es una incidencia normal en la dinámica de las relaciones laborales”¹³⁷¹.

Ni en el caso del cierre de una de las servidumbres de paso con las que contaba el contratista de una obra de reparación de una línea de ferrocarril, al entender que estamos ante un contrato de resultado en que rige el riesgo y ventura¹³⁷².

- ii. **Que se quiebre el equilibrio contractual**, es decir, que se produzca un aumento considerable de la onerosidad del contrato¹³⁷³. Esto conecta con la exigencia de que la alteración tenga magnitud suficiente¹³⁷⁴. Es decir, que existe una suerte de mínimo exigido para poder acceder a restablecer el equilibrio (“*de minimis non curat praetor*”). Por tanto, se desestimará la aplicación de la cláusula cuando no se produzca una alteración extraordinaria. Para calcular el desequilibrio del contrato debe tomarse como referencia la globalidad del contrato.

En ocasiones se argumenta que se rompe el desequilibrio porque se produce una bajada en el beneficio previsto. Sin embargo, que el beneficio no alcanzara el margen calculado por el contratista no determina que la situación sea desproporcionalmente lesiva y debe encontrarse dentro del riesgo y ventura¹³⁷⁵.

Por ejemplo, “los incrementos de precios de los productos derivados del petróleo habidos desde febrero de 1999 hasta octubre de 2000 deben ser soportados por la unión temporal de empresas contratista, pues entran dentro de su riesgo y ventura. Es cierto que, como ha señalado el Consejo de Obras Públicas, no tienen adecuada compensación mediante el mecanismo de la revisión de precios, pero, pese a ello, no son tan importantes como para alterar gravemente la economía del contrato, desbaratándolo, de tal suerte que, faltando dicho presupuesto, no procede adoptar ninguna de las medidas compensatorias excepcionales que el

¹³⁶⁹ STS 18 de diciembre de 2000 (Ar. 1464).

¹³⁷⁰ STS, Sala Tercera, 02/12/1988 (Ar. 9458; MP: Francisco Javier Delgado Barrio).

¹³⁷¹ STS, Sala Tercera, 23/02/2001 (Ar. 2874; MP: Nicolás Maurandi Guillén): “... Por tanto, el incremento que pudieran experimentar los costes de la mano de obra, más allá de la actualización estipulada, debe ser considerado inmerso en el normal marco de operatividad del principio de riesgo y ventura (art. 57 del RCCL; en relación con el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965.), y, en consecuencia, como algo que en principio debe ser asumido por el contratista.”

¹³⁷² STS, Sala Tercera, 30/04/1999 (EDJ. 8772; MP: Manuel Goded Miranda).

¹³⁷³ Dictámenes del Consejo de Estado 3205/2003; 295/2004 y 635/2005.

¹³⁷⁴ Dictámenes Consejo de Estado 953 y 954/2011.

¹³⁷⁵ STS, Sala Tercera, 27/10/2009 (EDJ. 215553; MP: Antonio Martí García).

derecho ofrece”¹³⁷⁶.

En todo caso, la magnitud no debe ser tal que impida definitivamente la consecución del contrato. Determinada doctrina considera que en ese caso nos moveríamos en el ámbito de la fuerza mayor¹³⁷⁷.

- iii. Que exista un **nexo causal** entre el hecho y la quiebra del equilibrio.
- iv. Que **las partes actúen con diligencia y buena fe**¹³⁷⁸. Ello implica, por ejemplo, que la ejecución del contrato no se haya interrumpido ante el surgimiento de la adversidad. También se entiende que no se puede alegar dicha cláusula al no cumplirse las estimaciones cuando en la oferta del licitador se fijaban dichas estimaciones. Por ejemplo, se declara improcedente el reclutamiento económico del contrato de concesión de la autopista R-4 por desviaciones de tráfico del 78% respecto previsiones, debido a que el licitador presentó su oferta basada en sus propias estimaciones¹³⁷⁹.

En el mismo sentido, si una empresa presenta un proyecto de construcción que a la postre se demuestra deficiente, la responsabilidad recaerá sobre la misma si no demuestra haber actuado diligentemente, esto es, si “no llevó a cabo en su momento las actuaciones necesarias, tales como catas y sondeos sobre el terreno antes de presentar su proyecto”¹³⁸⁰. E incluso, para considerar que no se ha actuado diligentemente se puede comparar con el resto de las ofertas¹³⁸¹.

Respecto a la diligencia requerida, ésta debe ser acorde a la buena práctica profesional.

¹³⁷⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 3205/2003, de 20 de noviembre de 2003.

¹³⁷⁷ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, cit., p. 544.

¹³⁷⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 427

¹³⁷⁹ STS de 4 de febrero de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, rec. núm. 486/2011) [la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso, ya que el pliego de cláusulas administrativas exigía que la memoria explicativa incluyese, entre otros contenidos, «estudios de tráfico y de la estrategia de tarifas adoptada». Así, se señala que si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructura puestas de relieve por el perito) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración”] - Por otro lado, la sentencia también analiza si la transformación del tramo de la A-4 que transcurre paralelo a la R-4 puede fundamentar la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible. Para desestimar este motivo de reequilibrio, se hace aplicación de la doctrina contenida en la conocida STS de 16 de mayo de 2011.

¹³⁸⁰ STS, Sala Tercera, 17/05/2012 (Ar.6818; MP: Juan José González Rivas).

¹³⁸¹ STS, Sala Tercera, 17/05/2012 (Ar.6818; MP: Juan José González Rivas).

Por ejemplo, no debe admitirse que en un proyecto simple de reforma de un edificio el proyecto esté repleto de deficiencias, pero, si las hay, éstas deben entrar dentro de los estándares de diligencia exigible a los profesionales que redactan y ejecutan proyectos¹³⁸².

- v. Que en el contrato **no existan cláusulas de asignación de riesgos ni se contemplen otros mecanismos de revisión**. Por ejemplo, en el caso de las previsiones de tráfico, lo normal es que la Administración en los pliegos incluya una cláusula del tipo “el concesionario asumirá el riesgo y ventura de la evolución del tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación alguna por el hecho de que la evolución real del tráfico difiera de los previsto en las previsiones de tráfico aportadas por la Administración contratante o el concesionario”¹³⁸³.

¿Y si en el contrato hay una cláusula que establece las inversiones máximas que cada partes está dispuesta a asumir, pero finalmente se producen sobrecostos que supera estos límites? El Tribunal Supremo ha considerado, por razones de equidad, que cada parte debe asumir en proporción a lo que inicialmente se comprometió¹³⁸⁴.

- vi. Que la parte sea capaz de **probar el impacto** de esa circunstancia imprevisible. En muchas ocasiones se ha aceptado la modificación con tan solo esgrimir el impacto negativo que se ha producido en el contrato.

Todos los casos, con independencia de su causa, deberán pasar el test de imprevisibilidad. Por ejemplo, la crisis económica no es *per se* causa imprevisible, a no ser que cumpla con los anteriores apartados¹³⁸⁵.

6.3.4. Fuerza mayor

La tercera de las razones que permiten la modificación es que se produzca un suceso tal que impida la realización de la prestación en los términos inicialmente pactados. Sucesos que, además, deben incardinarse en la categoría de “fuerza mayor” o “caso fortuito”. Dejando al

¹³⁸² Dictamen del Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, 20/2012, de 2 de febrero de 2012.

¹³⁸³ Es el caso de la STS, Sala Tercera, 04/02/2014 (Ar.1852; MP:Celsa Pico Lorenzo); STS, Sala Tercera, 25/01/2013 (Ar.1935; MP:Vicente Conde Martín de Hijas).

¹³⁸⁴ STS, Sala Tercera, 06/10/2009 (EDJ.234723; MP: Celsa Pico Lorenzo) en un convenio urbanístico

¹³⁸⁵ Sobre crisis económica ver J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 163, 2014.

margen la interminable discusión sobre la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito¹³⁸⁶, lo que se pretende con este supuesto es que cuando sucedan fenómenos fuera del alcance de la voluntad de las partes se permita modificar el contrato para alcanzar el objetivo inicial. Precisamente, al tratarse de circunstancias ajenas a la voluntad y se permite mayor flexibilidad a la hora de modificar el contrato. El artículo 107.1.c) establece que se podrá modificar el contrato en caso de:

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

Hay que tener en cuenta que la fuerza mayor puede ser tanto un motivo de indemnización (contrato de obras, artículo 231 TRLCSP) o un motivo para restablecer el equilibrio económico del contrato (concesión de obra pública, 242 y 258 TRLCSP; gestión de servicios públicos en 282 TRLCSP). Ahora bien, ¿qué se entiende por fuerza mayor o caso fortuito? En las próximas líneas exploramos estos conceptos para tratar de sacar algunas conclusiones sobre la interpretación de este precepto.

Si en este estudio hay una institución jurídica que ha sido acogida por la mayoría de ordenamientos como matizadora de la obligatoriedad del contrato, esa es la fuerza mayor¹³⁸⁷. Ahora bien, el concepto de fuerza mayor no es “una categoría dogmática de perfiles rígidamente unitarios y de efectos uniformes”¹³⁸⁸. Ciertamente tiene un núcleo por todos compartido, el de aludir a circunstancias imprevisibles e irresistibles, pero será cada norma la que profile dicho instituto jurídico –lo que el Consejo de Estado español llama “margen para el arbitrio dispositivo”¹³⁸⁹.

Se trata de una figura ya reconocida en el Derecho romano *omne quod humano coepto praevidere non potest nec cui praeviso protest resisti* (D. 39,2,24,3)¹³⁹⁰, cuyos efectos ya entonces eran exonerar de la responsabilidad por el imposible cumplimiento de las obligaciones. En el Derecho civil español la fuerza mayor se recoge en el artículo 1.105 CC, precepto que señala que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los

¹³⁸⁶ Ver por ejemplo STS 31 mayo 1999 rec 2132/1995; se señala que Fuerza mayor es una circunstancia ajena al interesado, mientras que el caso fortuito aparece conectado al funcionamiento mismo de la organización.

¹³⁸⁷ Incluso la jurisprudencia europea ha hecho referencia al concepto en STJUE asunto Ferriera Valsabbia c. Comisión C-209/83 [1984], ECR I-1984 03089.

¹³⁸⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 117.

¹³⁸⁹ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 117.

¹³⁹⁰ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 297.

que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”¹³⁹¹. Una redacción de carácter abierto, en la que no se acude a supuestos tasados sino que se remite al estudio particularizado de circunstancias imprevistas e inevitables. Sí particulariza más para el arrendamiento de obra, en que habrá que estar a lo que establecen los artículos 1589 y 1590 CC¹³⁹². Fijémonos en la contundencia de este último:

Artículo 1.590 CC

El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.

Es decir, que en caso de destrucción el constructor no recibe el precio acordado.

Pero, de nuevo, una figura presente en Derecho civil se modula y se adapta para ser útil en el Derecho Administrativo. Y tanto se modula que se configura un régimen considerado privilegiado respecto al de la contratación civil¹³⁹³. Una gran diferencia entre ambos regímenes es que en contratación pública no sólo abarca casos en que frustra la ejecución del contrato, sino también a otros en que el contrato puede seguir ejecutándose¹³⁹⁴. Ello lleva a GARCÍA DE ENTERRÍA a considerar que en el Derecho administrativo la fuerza mayor se mueve en la teoría del riesgo y no del incumplimiento, como ocurre en Derecho civil¹³⁹⁵.

¹³⁹¹ No se hace referencia ni a caso fortuito ni a fuerza mayor. La teoría subjetiva diferencia entre ambas figuras: mientras que fuerza mayor es siempre inevitable, el caso fortuito podría ser evitado si hubiese sido previsto. Sin embargo, el TS equipara los efectos (STS, Sala Primera, 19/01/1972 (Ar. 76); excepto en el artículo 1784 y 1905, en que sí distingue (STS, Sala Primera, 30/09/1983 (Ar. 4688). Cfr. Badenes, *El riesgo...*, *op cit.* p. 103.

¹³⁹² Artículos que se refieren a obras por ajuste o precio alzado.

¹³⁹³ EGE en su artículo clásico *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, mostró cómo la fuerza mayor tiene una aplicación más amplia en la contratación administrativa, a pesar del riesgo y ventura y la enumeración taxativa de los supuestos de fuerza mayor. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit.

¹³⁹⁴ Esta doble faceta de la fuerza mayor en la contratación administrativa ver J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Fuerza mayor”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004., p. 865.

¹³⁹⁵ En E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit., el autor trató de deslindar la fuerza mayor del principio de riesgo y ventura. Para ello afirmó que la fuerza mayor en sentido estricto, que es tal y como se manifiesta en Derecho civil, pertenece a la teoría del incumplimiento (artículo 1.105 CC). Ello quiere decir que, cuando está presente un caso de fuerza mayor que impide realizar la prestación, el contratista no es responsable de ello y, por tanto, no se puede hablar de incumplimiento responsable. Así pues, la fuerza mayor no pertenece a la teoría del riesgo (*periculum*), sino a la del incumplimiento. Pero es que en el Derecho administrativo parece haberse desplazado hacia la teoría del riesgo, y contra ello el profesor plantea una serie de argumentos que le llevan a afirmar que no, que la fuerza mayor sigue siendo admisible como causa exonerante de la responsabilidad en el contrato administrativo.

En España, la fuerza mayor fue la primera de las excepciones al principio de obligatoriedad del contrato que tuvo un reconocimiento legislativo. Ya en el artículo 26 de los Pliegos de condiciones generales de 1836 se recoge esta figura¹³⁹⁶. Y lo mismo ocurre en los Pliegos de 1846 (art. 22 y 33) y de 1861 (art. 41). A partir del Pliego de condiciones de 1886 (art. 40) el sistema de fuerza mayor pasa a ser un sistema de supuestos tasados, y lo mismo ocurren en el Pliego de 1903 (art. 42 y 43), para evitar los abusos que se producían¹³⁹⁷. Tendencia que se quiebra con la regulación recogida en la Ley de Contratos del Estado de 1965 (art. 46), en la que se observa cierta “tendencia ampliatoria”¹³⁹⁸ al introducir una cláusula que permite los casos de fuerza mayor por analogía¹³⁹⁹.

Hoy, en el TRLCSP se reconoce la fuerza mayor en el contrato de obras (art. 231), en el contrato de concesión de obra pública (art. 242 y 258) y en el contrato de gestión de servicio público (art. 282), si bien todos se remiten al artículo 231¹⁴⁰⁰, el cual señala que:

Artículo 231. Fuerza mayor

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

Sobre la desvinculación de la fuerza mayor y el riesgo y ventura también ver VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA *Fuerza mayor*, *op cit*, p. 861; según los autores esta desvinculación conllevaría que no se interpretase como excepción al riesgo y ventura y por tanto su aplicación se flexibilizase.

En la práctica lo que ocurre es que la legislación obliga a la Administración a asumir una serie de riesgos que expresamente tasa, sin permitir que entre en juego incumplimiento alguno.

¹³⁹⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 415; autor que recoge el texto del precepto: “No se concederá al contratista ninguna indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios causados u ocasionados por su negligencia, imprevisión, falta de medios o erradas maniobras. Sin embargo, no se comprenden en la presente disposición los casos fortuitos manifestados por él en el espacio a lo sumo de diez días después del acontecimiento”.

¹³⁹⁷ Durante el siglo XIX y comienzos del XX la aplicación de la fuerza mayor ya daba lugar a discusión. Hay jurisprudencia que no indemniza por fuerza mayor al ser preponderante el riesgo y ventura (Sentencia de 20 de diciembre de 1866, la de 7 de mayo de 1878); otra que están exclusivamente lo tasado, sin considerar que la mera dificultad es fuerza mayor (Sentencia de 27 de febrero de 1918); otras que van más allá de lo tasado (Sentencia de 4 de noviembre de 1892).

¹³⁹⁸ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., vol. II., 6ª ed., p. 116.

¹³⁹⁹ Exposición de Motivos de la Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado: ...” “el supuesto de fuerza mayor adquiere un carácter más comprensivo y permite incluir en su dogmática, por razón de analogía todas aquellas incidencias perturbadoras del equilibrio técnico y financiero del negocio”.

¹⁴⁰⁰ Además, se reconoce la fuerza mayor como una de las causas que justifican la modificación de los contrato –sea o no un contrato administrativo (art. 107.1.c), si bien en este caso no existe tal remisión. Deberemos reflexionar más adelante si el hecho de que dicho artículo no se remita a los casos del artículo 231 supone una interpretación más amplia sobre los supuestos de fuerza mayor.

Para que la fuerza mayor entre en juego y permita ser esgrimida por el contratista como título para recibir la oportuna compensación, deben cumplirse una serie de requisitos. Primero, que el fenómeno pueda enmarcarse en uno de los supuestos tasados que recoge la norma¹⁴⁰¹. En la actualidad, el artículo 231.2 TRLCSP establece los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Este sistema de supuestos tasados supone que no se admitan interpretaciones analógicas ni extensivas¹⁴⁰². Sin embargo, la jurisprudencia no siempre actúa conforme a estos principios. Un claro ejemplo es el tratamiento del requisito de catastróficas ante las lluvias, en el que no son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que excepcionan el principio de riesgo y ventura por fuerza mayor en casos que estos efectos catastróficos no suceden, y aceptan pretensiones indemnizatorias por lluvias torrenciales¹⁴⁰³.

En segundo lugar, no sólo se requiere que el fenómeno acaecido se pueda encuadrar en alguno de los supuestos anteriores, sino que además debe tratarse de sucesos imprevisibles. Por ejemplo, no lo son todos aquéllos que se producen de manera regular en la zona, un contrato firmado con inestabilidad económica no puede alegar subida de salarios o volatilidad de tipo de cambio¹⁴⁰⁴, etc. El Consejo de Estado en Dictamen de 24 de julio de 2008 señala que “el concepto jurídico indeterminado ‘fuerza mayor’ se concreta en la LCAP, a los efectos de indemnización, de modo muy exigente, por lo que para que haya lugar a la indemnización ha de atenderse al rigor propio de las descripciones referidas, que en modo alguno se refieren a fenómenos en los que pueda estudiarse cierto grado de periodicidad sino

¹⁴⁰¹ Sistema, el de los supuestos tasados, con el que no toda la doctrina está de acuerdo. Sí lo está García de Enterría, y no así Ariño. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, cit., p. 98; G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 151.

¹⁴⁰² STS, Sala Tercera, 27/10/2009 (EDJ.215553; MP: Antonio Martí García) realiza una interpretación estricta de la fuerza mayor.

¹⁴⁰³ STS 10 noviembre 2008: requiere efectos catastróficos. Lo mismo señala la Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 122; Fuerza mayor por lluvias: STS 23 junio de 2009 sí excepcionó el riesgo y ventura. También la STS 12 julio 2005- excepciona por lluvias torrenciales por desbordamiento aunque no sean catastroficos (igual la STS 12 marzo 2005). Y la STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ.2008/25694; MP:Celsa Pico Lorenzo).

¹⁴⁰⁴ STS 29 enero de 1982; STS 19 octubre de 1983.

más bien a circunstancias excepcionales realmente imprevisibles o, aunque previsibles, totalmente inevitables”.

Tercero, que el contratista haya actuado con la adecuada diligencia profesional, de tal manera que la negligencia es absolutamente incompatible con la fuerza mayor¹⁴⁰⁵. Por ejemplo, con una adecuada inspección se podría haber evitado una rotura u obstrucción de conducción de aguas¹⁴⁰⁶.

Cuarto, que se cumplan los requisitos procedimentales establecidos, esto es, la carga de la prueba recae sobre quien reclama, y el plazo para reclamar de veinte días tras el suceso. El director facultativo comprobará la veracidad de los hechos y efectuará la oportuna valoración, elevando su informe al órgano de contratación, que resuelve no sin antes dar audiencia al contratista y recibir informe de la asesoría jurídica.

Sin embargo, la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011 ha entendido que el concepto de “fuerza mayor o caso fortuito” que se recoge en el artículo 107.1, esto es, el que justifica la modificación del contrato, no es el mismo que el artículo 231 TRLCSP, sino el más amplio del 1905 CC. Y ello porque mientras que el artículo 231 se ciñe sólo a los contratos de obras, y por remisión a los de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos, el artículo 107 de la modificación se aplica a todos los contratos del sector público¹⁴⁰⁷. Si se impone esta interpretación entonces habrá que prescindir del sistema de lista que sí se fija en el artículo 231.

6.3.5. Avances técnicos (cláusula de progreso)

El cuarto supuesto bajo el cual se permite la modificación del contrato sin haberlo previsto en los pliegos es en el caso de que se produzcan avances técnicos significativos. Se produce de esta manera la recepción, como causa de modificación de la llamada cláusula de progreso, típica hasta ahora de los contratos de concesión¹⁴⁰⁸. Así, el artículo 107.1.d) señala que se

¹⁴⁰⁵ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Fuerza mayor”, cit., p. 856

¹⁴⁰⁶ STS 28 junio 1983.

¹⁴⁰⁷ Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado.

¹⁴⁰⁸ Sobre clausula de progreso: J. L. MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.; A. QUINTANA LÓPEZ, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 131, 2006.

podrá modificar el contrato en caso de,

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Ahora bien, este supuesto de modificación trae consigo un doble requisito. Primero, que se trate de avances técnicos que mejoren “notoriamente” la prestación. Y segundo, que se produzcan con posterioridad a la adjudicación del contrato. Estos límites suponen, según GRIS GONZÁLEZ, una merma de la funcionalidad de la cláusula de progreso¹⁴⁰⁹.

El supuesto introducido ahora no sólo da cobertura a las modificaciones que esta obligación conlleva, sino también a las de cualquier otro tipo de contrato motivadas por los avances técnicos. Ello ha sido criticado por FUENTES LOSADA que considera que dicha cláusula, al no derivar de la necesidad, debería estar prevista de algún modo en los pliegos y el contrato original¹⁴¹⁰. Lo cierto es que desde el punto de vista del Derecho europeo esta cláusula no tiene cabida a no ser que se prevea en los pliegos. Sólo podrá llevarse a cabo si cumple con uno de los dos supuestos que podrían habilitarla: i) Ser una modificación de menor cuantía; ii) Ser una modificación no sustancial.

En el ámbito de la concesión, el artículo 247.4 TRLCSP se ha visto como un ejemplo de cláusula de progreso impuesta *ex lege*. Establece que el concesionario “deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”. Sin embargo, es más adecuado tratarlo como ejemplo de *factum principis*, es decir, de alteración del contrato provocada por la adaptación de la normativa, que es el último de los supuestos que permiten la modificación.

6.3.6. Adaptación a la normativa (*factum principis*)

El último de los supuestos que permiten la modificación del contrato es el que se contiene en el artículo 107.1.e):

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales,

¹⁴⁰⁹ J. C. GRIS GONZÁLEZ, “La modificación de los contratos del sector público”, cit., p. 17.

¹⁴¹⁰ A. FUENTES LOSADA, “La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible”, cit., p. 148.

urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Este supuesto es del todo asimilable a una figura de antigua tradición en el Derecho público español como es el llamado *factum principis*¹⁴¹¹. El llamado *factum principis* o hecho del príncipe se refiere a “la adopción por la Administración de ciertas medidas al margen del contrato, pero con repercusión negativa en las relaciones contractuales para el contratista”¹⁴¹². O como señala el Consejo de Estado español, “existe *factum principis* cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del imperium”¹⁴¹³. Es decir, que queda englobado en la doctrina del *factum principis* toda decisión del poder público que “sin referirse directamente al contrato, indirectamente afectan a su contenido obligacional, haciendo más gravoso para el contratista su cumplimiento”¹⁴¹⁴.

La distinción que traza ARIÑO entre *potestas variandi* y *factum principis* puede ayudar a aclarar la naturaleza de dicha figura. ARIÑO indica que debe diferenciarse entre *potestas variandi* y el *factum principis*¹⁴¹⁵. Dice que la primera contempla modificaciones internas del objeto y contenido de la prestación, en su cantidad, calidad, plazo o demás circunstancias. Son alteraciones intrínsecas al contrato originadas por actos de la Administración dirigidos precisamente a esa relación. El segundo en cambio se refiere a cambios en las condiciones externas, que afecta al contrato, desequilibrando la valoración económica de las prestaciones. La primera “son manifestación de la potestad de policía y control de las obras y servicios públicos en particular; las segundas son manifestación de la potestad ordenadora

¹⁴¹¹ El maestro POSADA en sus *Lecciones de Derecho Administrativo* de 1843 parece hacer alusión a lo que ahora conocemos como *factum principis* y lo justifica en razones de justicia: “una persona ha celebrado un contrato con la administración, en virtud del cual se obliga a hacer una carretera cualquiera y la administración cree después conveniente abrir otra (...) puede suceder que aquel empresario se vea perjudicado en los productos que debían rendirle los portazgos establecidos en los caminos. También en este caso [enlaza con un ejemplo anterior sobre eliminación de portazgos] debe reclamar a los tribunales contencioso-administrativos para que conforme a reglas de conveniencia pública y de justicia resuelvan el asunto”. Cfr. J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, cit., vol. tomo III., p. 151.

En 1899 DELGADO MARTIN y ARRIAGA describían un caso de subida de impuestos, afirmando que “no puede desconocerse en buenos principios de justicia el derecho de la otra a exigir que se restablezca la debida proporcionalidad en cuanto a las estipulaciones del contrato, mediante el aumento de precios que implica el impuesto creado”. Cfr. DELGADO MARTIN, E. y ARRIAGA, *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2ª ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899, p. 168.

¹⁴¹² T. QUINTANA LÓPEZ, “El anacronismo del *factum principis* en la legislación de contratos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 50, abril-junio, 1986., p. 269.

¹⁴¹³ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 46886, de 4 de octubre de 1984.

¹⁴¹⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 414.

¹⁴¹⁵ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 163.

general de la economía, de que goza el Estado interventor”¹⁴¹⁶.

Aunque la compensación por el “hecho del príncipe” no siempre se admitió, al entender que podía coaccionar el ejercicio del poder, se fue consolidando jurisprudencialmente y hoy es pacíficamente aceptado que el contratista debe ser compensado¹⁴¹⁷. Es más, hoy se encuentra positivizada El artículo 258.2.b) TRLCSP (art. 282.4.b para los contratos de gestión de servicios públicos) señala que

Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el art. 231.

Dejando a un lado su faceta de causa que provoca la necesidad de restauración del equilibrio y centrando la atención en su naturaleza de causa que justifica la modificación, hay que señalar que hasta ahora estos supuestos estaban englobados en aquellas circunstancias que suponían una “nueva necesidad”, por lo que no se trata de un supuesto completamente nuevo. Así, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 4709/1998 se entiende que el contrato se puede modificar debido a que existe una nueva necesidad debido a la aprobación de una nueva norma que obliga a la recogida selectiva de basura en bolsas separadas¹⁴¹⁸. Con la actual regulación ya no se obliga a acudir al supuesto de necesidades nuevas, sino al artículo 107.1.e).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el supuesto que contempla la modificación por *factum principis* no es tan amplio como el que contempla la obligación de restablecer el equilibrio. Mientras este último señala “actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión”, el de la modificación sólo hace referencia a “a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”. Por tanto, habrá algunas cuestiones en las que se obligue a restablecer el equilibrio, pero ello no pueda ser a través de la modificación, sino que deba acudir a otras figuras.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 263.

¹⁴¹⁷ Así, el Libro IX, título IX, ley 1ª de la Nueva recopilación, no otorga derecho a indemnización por aquellas medidas que exija la buena gobernanza. La figura irá siendo aceptada por la jurisprudencia, aunque lenta y restrictivamente. Cfr. P. 255 ARIÑO. Ya es claro el deber de indemnizar en RDS 29 septiembre de 1881 (Ayto Betanzos) en Gaceta 7 noviembre de 1881; num. 311; p. 320.

¹⁴¹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 4709/1998, de 4 de febrero de 1999.

Asimismo, el precepto sobre mantenimiento del equilibrio se refiere al caso de ruptura sustancial de la economía de la concesión. Es de suponer que esa ruptura sustancial pueda conllevar una modificación de igual magnitud. Pues bien, habrá que tener en cuenta que a este supuesto de modificación también le son de aplicación los límites que enseguida estudiaremos entre los cuales están el de que la modificación no superar el 10% del contrato original. Por ejemplo, cuando el nuevo Plan de Movilidad obliga a modificar la concesión de autobuses urbanos, pero dicha modificación sería tan grande (reordenación de líneas, establecimiento de nuevo régimen económico, etc) que estaríamos ante una alteración sustancial que de llevarse a cabo iría contra los principios de publicidad y libre concurrencia¹⁴¹⁹. Por tanto, se produce una clara tensión entre la obligación de mantener el equilibrio y los límites de la modificación que ello pueda llevar. Una manera de solucionar este problema puede ser acudir a figuras que el artículo 105 TRLCSP excluye expresamente del estricto régimen de la modificación, como es el de la prórroga.

Se plantea también si estos cambios normativos deben ser imprevisibles o no. Se puede argumentar que el hecho que motiva el *factum principis* tiene que ser imprevisible¹⁴²⁰. Por ejemplo, en el caso de una concesión de autopistas en las que se abren nuevas vías paralelas que restan tráfico a la principal, pero cuya construcción ya estaba prevista cuando se licitó por la concesión¹⁴²¹.

Una postura estricta es la mantenida por la JCCA considera que si la propia entidad adjudicadora es la responsable de la aprobación de nuevas medidas, los pliegos debieron definir las prestaciones teniendo en cuenta las medidas que se pretenden aprobar¹⁴²².

Esto tiene una relación directa con otra de las cuestiones que se dejan en el aire, que es si la modificación del contrato está justificada cuando el origen de la normativa que impacta en el contrato está en la propia Administración contratante o también si está en otra Administración. A la hora de restablecer el equilibrio del contrato podría argumentarse que sólo las medidas adoptadas por la Administración contratante son compensables¹⁴²³. Sin

¹⁴¹⁹ Informe 2/2011 Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, 17 junio 2011.

¹⁴²⁰ Así en la STS, Sala Tercera, 08/04/2013 (Ar. 3775; MP: José Díaz Delgado): la adaptación de las obras a la nueva normativa sobre túneles fijada en el RD 635/2006, de 26 de mayo.

¹⁴²¹ STS, Sala Tercera, 19/12/2011 (Ar. 2896; MP: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

¹⁴²² Informe 73/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 1 de marzo de 2012.

¹⁴²³ Ver al respecto J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, "Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos

embargo, en lo que respecta a la modificación ambas opciones parecen posibles. Es decir, que se permite modificar el contrato con independencia de quién apruebe las nuevas “especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad”.

Englobando todo lo dicho hasta ahora, reciente jurisprudencia señala que, “el *factum principis* existe cuando la administración contratante lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada mediante un acto propio nacido de su poder general de *imperium*, de modo que no concurre cuando el daño no trae causa de la administración contratante o cuando la actuación no se funda en el poder general de la administración. Esta responsabilidad por *factum principis* tiene fundamento y origen extracontractual si bien se liquida en el seno del contrato. Los requisitos para su aplicación son los siguientes, en resumen: el uso de potestades públicas e *imperium*, imprevisibles y extraordinarias a la vista del contrato; daño o perjuicio real al contratista; inexistencia de otros mecanismos de resarcimiento dentro del contrato (revisión de precios) o su insuficiencia. En estos casos, y a diferencia del riesgo imprevisible, se entiende que es indemnizable todo daño por pequeño que sea, pues realmente, el instrumento para hacerlo efectivo es el cauce de la responsabilidad extracontractual, rigiendo el principio de indemnidad”¹⁴²⁴.

Veamos algunos ejemplos de adaptaciones a la normativa que han servido como justificación para la modificación.

Por ejemplo, en un contrato de obras de acondicionamiento de una carretera cuando se adapta el proyecto a las disposiciones legales aprobadas con posterioridad a la redacción del proyecto (en este caso, la Ley de Carreteras y normas técnicas de proyectos de carreteras)¹⁴²⁵.

Por último, señalar que el hecho del príncipe o *factum principis* no encuentra un reconocimiento expreso en el artículo 72 de la Directiva, por lo que habrá que incardinarlo en el supuesto de circunstancias imprevisibles¹⁴²⁶. Ahora bien, ello sólo será posible cuando se cumplan las condiciones allí establecidas.

administrativos”, cit., p. 11

¹⁴²⁴ Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, núm. 137/2015, 18 junio 2015 (ar. 264951).

¹⁴²⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 1280/1994, de 14 de julio de 1994.

¹⁴²⁶ R. NOGUELLOU, “Les nouvelles Directives et l’exécution des contrats”, cit., p. 855.

6.4. Límites a la modificación.

Una vez estudiados los supuestos que permiten llevar a cabo la modificación del contrato es necesario estudiar los límites que se imponen a ésta. Es decir, que aunque cumplamos con la normativa en lo que a justificaciones se requiere, también deberemos hacerlo respecto a los límites. Superado éstos, e independientemente del supuesto que permitió la modificación, se debe proceder a volver a licitar. Abordamos, pues, uno de los aspectos más importantes de todo modelo que pretende regular la modificación es el de los límites. La primera pregunta que debe contestarse es clara, ¿existen límites a la modificación? La respuesta, hoy, es sí. Pero no siempre fue así. Tradicionalmente, el régimen español de la modificación de los contratos no contemplaba límites a la potestad de modificar unilateralmente el contrato.

Quizá, el único texto en que se observan límites a la modificación fue en el proyecto de Ley de contratos de 1900, el llamado proyecto Azcárraga, que en su artículo 37 señala que “si fuese necesaria o conveniente la ejecución de nuevas obras como ampliación de las contratadas, éstas no podrán verificarse sin que preceda la formación del oportuno presupuesto adicional, que en ningún caso podrá exceder del 25 por ciento del valor de la obra contratada”. Esta redacción, bastante clara respecto al límite insuperable, no se volvió a repetir ni en los pliegos generales ni en los textos con valor normativo¹⁴²⁷.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX se han observado dos líneas doctrinales diferenciadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo o en los Dictámenes del Consejo de Estado. Por un lado, aquella postura que considera que la modificación es una potestad sin límites. Por otro, la línea estricta —que es minoritaria— consideraba que la propia licitación era un límite existente. De ésta derivó el que se impusieran límites a la modificación unilateral ajenos a lo que la legislación establecía en ese momento. Por ejemplo, la prohibición de no modificar elementos esenciales del contrato¹⁴²⁸.

Desde que la potestad de modificación se consagró legalmente se establecieron presupuestos que habilitaban la modificación en la medida en que era una potestad administrativa. Sin embargo, cumplidos esos presupuestos la Administración podía introducir las modificaciones necesarias. El Consejo de Estado señaló que “la Ley no señala límite alguno

¹⁴²⁷ Excepción, aunque no tan clara, del artículo 52 de los Pliegos de 1903.

¹⁴²⁸ Ambas líneas han sido estudiadas en el apartado sobre la consagración del *ius variandi* como sistema de modificación en España.

en cuanto al alcance objetivo de la modificación, no la circunscribe a reformas menores o de poca monta; lo único que requiere es que se haga por razones de interés público y que media la anuencia del contratista cuando se rebase, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial”¹⁴²⁹.

En ese sentido no debe extrañar que el Tribunal Supremo considerase en 1985 afirmó que “el poder de modificación es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”¹⁴³⁰. En ese sentido GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaba que “límites en este sentido [barreras u obstáculos] no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las circunstancias”¹⁴³¹.

En ocasiones se esgrimió que el límite de la modificación se encontraba en el umbral del 20% superado el cual el contratista podía resolver el contrato¹⁴³². En sentido contrario podría defenderse que ello no eran auténticos límites a la modificación del contrato sino a la posibilidad de imponer esas modificaciones al contratista. Así, el Consejo de Estado consideraba que “...debe hablarse en tal sentido de límite de la obligatoriedad de la modificación acordada por la Administración para el contratista y no de límite de modificación del contrato”¹⁴³³. Si se aceptaba esto, el contrato podía verse modificado sin límite alguno. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado en su Dictamen 4350/1997:

Por lo que respecta a la presente consulta, la variación del presupuesto inicial del contrato asciende al 61,57%, lo que no implica necesariamente la extinción del contrato administrativo de obras, si media conformidad de ambas partes contratantes, Administración y contratista, y si concurre un interés público debidamente justificado en el expediente de modificación. “La sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20% del presupuesto o precio inicial de las obras -afirma el dictamen de este Consejo de 13 de mayo de 1982- no significa necesaria ruptura del vínculo contractual, si las partes aceptan su subsistencia, tomándose en cada caso

¹⁴²⁹ Dictamen 358/98, luego repetido en Dictamen del Consejo de Estado, 1820/2000, de 15 de junio de 2000

¹⁴³⁰ STS, Sala Tercera, 09/09/1985 (Ar.2858)

¹⁴³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 6ª ed., 1993, p. 705

¹⁴³² Además del 20%, el RGCE 1975 en su artículo 161 también consideró que el contratista podía resolver el contrato en caso de alteración sustancial, y especificó que “Se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto”.

¹⁴³³ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 53391, de 28 de noviembre de 1991.

la decisión administrativa más conveniente para el interés general"¹⁴³⁴.

Otro límite que en ocasiones, las menos, se esgrime como tal es el que la modificación del contrato no altere las condiciones esenciales debía entenderse implícita en la medida en que la modificación del contrato no es más que una novación, y alterar sustancialmente las condiciones esenciales entraría en el campo de la novación extintiva, algo para lo que la Administración debe seguir otros cauces (extinción y posterior adjudicación siguiendo los trámites establecidos). Esta idea es defendida, por ejemplo, en el Informe de la Junta Consultiva, núm. 28/1971, de 23 de julio en el que literalmente se dice que “el *ius variandi* no implica novación extintiva del contrato adjudicado, sino sólo una modificación objetiva de éste con permanencia del vínculo contraído. Consecuentemente, no es conforme a Derecho, ni cabe dentro del *ius variandi*, una modificación sustancial del primitivo negocio”. Y el propio informe establece qué pasos se debe seguir en esos casos:

“Ante la completa inoperancia de un contrato celebrado por la Administración para los fines de un servicio público concreto, lo que procede es la suspensión definitiva del negocio y la promoción, en su caso, de un contrato diferente para atender las nuevas necesidades”

También otros autores consideraron que alteraciones sustanciales debían llevar a resolución, estableciéndose así como auténticos límites a la modificación ya fuese por atentar contra el principio licitatorio¹⁴³⁵, o por alterar la voluntad de la Administración expresada en la adjudicación¹⁴³⁶. Una línea jurisprudencial minoritaria apuntaba al principio licitatorio como límite de la modificación:

En cuanto al fondo, la sentencia de instancia fija su atención en el plazo de prórroga pactado de 25 años [plazo inicial eran 10 años]. Para ello toma como apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006 en la que se examina la aplicación de los artículos 164 de la Ley de Contratos del Estado, precedente del artículo 74 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos por razones de interés general y para el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, y la posibilidad de que ese equilibrio se logre mediante el otorgamiento de una prórroga del contrato, para concluir que esa posibilidad no está contemplada ni por los artículos citados ni por los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entendiéndose que esa ampliación o prórroga del contrato es contraria al principio de libre concurrencia en la contratación pública. Sobre esta base entiende el

¹⁴³⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997.

¹⁴³⁵ R. NUÑEZ MUNÁIZ, *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2004., p. 293; CLIMENT BARBERÁ en R. GARCÍA MACHO (ED.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003., p. 824; y J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, en R. García Macho (ed.) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003., p. 536.

¹⁴³⁶ J. ROLLÓN MUÑOZ, “Comentario al artículo 101 TRLCAP”, cit., p. 934-937.

juzgado que la prórroga de 25 años otorgada excede los límites del "ius variandi" y vulnera el principio general de libre concurrencia al impedirse la nueva licitación pública de una concesión vencida e impidiéndose de facto el legítimo ejercicio de derechos de terceros posibles licitadores.¹⁴³⁷

En el mismo sentido el Consejo de Estado en su Dictamen 1409/1992 cuando señala que aceptando la modificación estudiada se infringe “las exigencias de la contratación de los entes públicos, orientadas de un lado a proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible, y, de otro, la igualdad de acceso a la contratación administrativa”¹⁴³⁸. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa mantuvo también que el principio licitatorio era un auténtico límite a la modificación:

“En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce”¹⁴³⁹

En todo caso, el debate ha sido superado por la regulación de la LES en dos sentidos. Por un lado, porque desaparece la posibilidad del contratista de solicitar la resolución del contrato. Por otro, porque expresamente establece ciertos límites a la posibilidad de modificar el contrato. Pero, ¿cuáles son estos límites?

En España, la positivización de los límites surge de la interpretación que el TJUE da a los principios generales de la contratación, particularmente a la transparencia y la igualdad de trato, como protectores del principio licitatorio¹⁴⁴⁰. Sólo protegiendo la licitación puede el sistema de contratación ser útil, viene a decir el TJUE. Esa elaboración, analizada en una

¹⁴³⁷ STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/06/2011 (Ar.276620; MP:Joaquín Moreno Grau).

¹⁴³⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 1409/1992, de 4 de marzo de 1993.

¹⁴³⁹ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 54/2006, de 11 de diciembre de 2006; cita a su vez los Informes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00, 50/03 y 12/06.

¹⁴⁴⁰ Debe hacerse hincapié en que, aunque la positivización de la línea jurisprudencial del TJUE venga impuesta por Europa, los Tribunales españoles no eran ajenos a estos argumentos. Así, por ejemplo, la STS, Sala Tercera, 25/09/1980 (Ar.3451; MP: Aurelio Botella Taza), o el Consejo de Estado en su Dictamen del Consejo de Estado, 1409/1992, de 4 de marzo de 1993. Ahora bien, tampoco perdamos de vista que muchos más fallos que consideraron que el *ius variandi* no tenía límite alguno. Pero lo hicieron porque el legislador quiso mantener ese régimen a pesar de los muchos avisos de sus efectos perniciosos sobre el sistema de licitación. Sobre la escasa voluntad política de solucionar este problema –dadas las implicaciones políticas que tiene– hablaremos más adelante.

sección anterior, fue incorporada a la legislación española en dos fases. Primero en la LCSP al introducir la prohibición de llevar a cabo “alteraciones sustanciales”, y después en la LES, detallando qué se entendía por “sustancial”. El artículo 107.2 TRLCSP señala que “la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo **no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación** y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”. El precepto contiene, por tanto, un doble límite:

- i. Introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria
- ii. No alterar las condiciones esenciales de la licitación

El primer límite suele pasar desapercibido al lado del segundo, mucho más polémico. Sin embargo, sería un error minusvalorarlo en la medida en que no es raro que se aproveche una causa justificativa para introducir modificaciones que poco o nada tienen que ver con ella. No es raro escuchar en la jerga práctica el famoso “y ya que estamos...” en referencia a que una vez se decide modificar el contrato se introducen modificaciones que se desvían de la causa objetiva que justificó la modificación. Pues bien, todo aquello que no sea estrictamente necesario para responder a la causa originaria debe considerarse una extralimitación y ser tratada como una modificación irregular, con las consecuencias que después veremos. Pero incluso se podría estar poniendo en riesgo legal a todo el modificado si no fuese posible diferenciar aquellas modificaciones estrictamente necesarias de las que no lo son¹⁴⁴¹. Es decir, que la nueva regulación establece una estrecha conexión entre causa justificativa y modificado, siendo necesario que los órganos de control presten atención a este apartado. Además, también supone un límite respecto a la magnitud de la modificación, que sólo podrá ser la “estrictamente necesaria”. Es decir, que nuestro legislador implícitamente reconoce que la modificación debe ser algo restringido.

En cuanto al segundo límite, “las condiciones esenciales”, se trata de un concepto jurídico indeterminado ya presente en el artículo 202 LCSP. En primer lugar obsérvese que no se dice las condiciones esenciales del contrato, sino las condiciones esenciales “de la licitación y adjudicación”. Queda claro, por tanto, que expresamente importa proteger la licitación. Es decir, que no se desnaturalice el principio de licitación pública¹⁴⁴². Así pues, si en épocas

¹⁴⁴¹ Ejemplo de la introducción de los trabajos indispensables es la STSJ Navarra 26 marzo 2010 ar. 72.

¹⁴⁴² Así, Memoria del Consejo de Estado del año 2001, p. 146.

anteriores se protegía al contratista, ahora la prioridad es la licitación inicial.

Como todo concepto jurídico, éste también “tiene un núcleo que permite objetivarlo y por consiguiente facilitar unas pautas interpretativas a la Administración contratante”¹⁴⁴³. En este caso son dos los elementos que deben de servir de guía para su interpretación. De una parte, el Derecho europeo ya que no debe olvidarse que se trata de un concepto de Derecho europeo y por tanto así debe interpretarse. Esta naturaleza del concepto hace que haya que estar atento a la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, y por tanto, se pueda considerar que estamos ante un concepto dinámico.

De otra parte, la propia norma facilita ahora la tarea de interpretación a través de un listado que no debe considerarse exhaustivo, sino de mínimos¹⁴⁴⁴. El artículo 107, en su apartado tercero ofrece cuatro criterios cualitativos y uno cuantitativo que el ente adjudicador deberá observar cuando se introduzca una modificación no prevista en los pliegos. Así, “se entenderá” que alteran las condiciones esenciales las siguientes circunstancias:

107. 3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
- e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

La manera y el lugar en que están redactadas estas provisiones, esto es, el artículo 107 (de “modificaciones no previstas”) y con la expresa mención del 107.3 (“a los efectos de lo

¹⁴⁴³ Memoria del Consejo Estado del año 2011, p. 290.

¹⁴⁴⁴ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 73/11, 1 marzo 2012 analiza el artículo 107.

previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones...”)) llevan a preguntarse acerca del alcance de dichos límites. Parte de la doctrina ha considerado que dichos límites se aplican también a las modificaciones previstas (artículo 106)¹⁴⁴⁵. Sin embargo, perfectamente puede defenderse la otra postura, esto es, la no aplicación de estos límites a las modificaciones previstas es una decisión tomada a conciencia. Primero, porque el espíritu que subyace en la nueva modificación de contratos pretende concentrar el problema de la modificación en el momento de la adjudicación, cuando los licitadores están al tanto. Segundo, porque en gran medida los límites hacen referencia a cómo quedo establecida la relación contractual en el momento de la adjudicación. Asimismo, una modificación prevista para ser considerada tal debe cumplir los requisitos que se establecen en el artículo 106 – antes analizados. Si no cumplen esos requisitos entonces habrá que analizarla desde la óptica del 107, es decir, como una modificación no prevista.

Hasta ahora hemos enunciado los límites enumerados en el precepto que trata la modificación de los contratos. Sin embargo, hay otros aspectos que también deben observarse a la hora de llevar a cabo la modificación. Se trata de aspectos que son aplicables a los contratos públicos, pero que moldean también al modificado.

Primero, como ya dijimos, el interés general como límite a la modificación, tanto a su magnitud como a la manera de hacerla y aspectos que se modifiquen. Y segundo, debe tenerse en cuenta que el contrato debe referirse a un objeto completo. Ello supone que no sea posible fraccionar la modificación del contrato. No es raro ver contratos que sufren varias modificaciones, muchas veces cercanas en el tiempo y justo por debajo de los umbrales que posibilitarían un mayor control¹⁴⁴⁶.

6.4.1. Variación sustancial de la función y características esenciales de la prestación

El primero de los límites a la modificación de los contratos se refiere a la variación de la función y las características del contrato:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

¹⁴⁴⁵ En este sentido J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 180; el autor considera que estas prohibiciones deben entenderse aplicables a los modificados previstos y, en todo caso, aboga por la reforma del TRLCSP de manera que se evite cualquier tipo de duda.

¹⁴⁴⁶ Por ejemplo en el Dictamen del Consejo de Estado, 105/2013, de 11 de abril de 2013.

La clave en la redacción del precepto es que su aplicación se somete a dos condiciones: i) que se trate de la función esencial o de las características esenciales; ii) que la variación sea sustancial. Por tanto habrá que reflexionar acerca de qué consideramos función o característica esencial y qué consideramos como variación sustancial¹⁴⁴⁷.

Respecto a lo que se debe considerar como función o característica esencial, acudiremos a la experiencia existente en el propio Derecho administrativo, ya que tras la reforma de la LCE operada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, se introdujo en el artículo 52.2 LCE de la modificación como causa de resolución la coletilla “... 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. Y en desarrollo de ésta, el RD 3410/1975, de 25 de noviembre consideró que “se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto” (artículo 161 RGCE 1975). Esta previsión reglamentaria pasaría después al artículo 151 LCAP.

Una lista ilustrativa de elementos esenciales de un contrato se puede encontrar en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García), donde se juzga el carácter esencial de la modificación de una concesión de aparcamiento público. En este caso la Sala entiende que son esenciales los cambios sobre el tipo de construcción, la cuantía, la ubicación, la duración, que se permita renunciar a parte de la concesión original (otros aparcamientos menos rentables)¹⁴⁴⁸.

Veamos otros pronunciamientos. Por ejemplo, el precio en un contrato de gestión se ha considerado una condición esencial del contrato¹⁴⁴⁹. Así cuando no se permite retribuir la ejecución de la obra que resta por ejecutar cediendo el uso de parte de la obra¹⁴⁵⁰. O un cambio

¹⁴⁴⁷ Para BERNAL BLAY, este apartado se refiere a las necesidades que se cubren con el contrato. Cfr. M. A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, cit., p. 187.

¹⁴⁴⁸ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García).

¹⁴⁴⁹ JCCA Aragón 18/2012 de 19 de septiembre de 2012.

¹⁴⁵⁰ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, 7/2012, de 20 de septiembre de 2012; además, como dice el TRLCSP: ““En los contratos del sector público, la retribución del contratista

en la forma de pago, que pasa de ser en especial a ser en efectivo¹⁴⁵¹.

Un cambio en el emplazamiento de las obras, ¿supone acaso una alteración de la función?¹⁴⁵² ¿Es quizá una alteración de las características esenciales de la prestación?¹⁴⁵³ . El Consejo de Estado en su Dictamen 1647/1991, y ante la decisión de las partes de resolver el contrato por mutuo acuerdo debido a la necesidad de cambiar de solar, el Consejo de Estado señala que “lo que ha ocurrido es que el terreno no resulta apto para la construcción, surgiendo dificultades de cimentación, que han obligado a la suspensión de obras temporal parcial, y a la redacción y aprobación de un reformad; mas, al reanudar los trabajos, no se han evitado los problemas de cimentación. Estudiados éstos y realizados sondeos, se ha llegado a la conclusión que aconseja el cambio de solar como salida más segura y económica para la Administración, con resolución del contrato. Aparecen, por tanto, razones de interés público que hacen inconveniente la permanencia del contrato y fundamentalmente aconsejan, si no imponen, su resolución. Así se cumple lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento General de Contratación”¹⁴⁵⁴.

También se considera una variación sustancial de las características el fijar una nueva redistribución interna del edificio, totalmente diferente a la original, en un contrato de restauración y adaptación de un Palacio para convertirlo en una biblioteca¹⁴⁵⁵.

Un caso extremo es el de aquellas modificaciones que encubren un nuevo contrato. Por ejemplo, convertir un contrato de acondicionamiento de un tramo de carretera (refuerzo y mejora del firme) en la construcción de un tramo nuevo es también alterar las características del contrato¹⁴⁵⁶. O convertir un contrato de gestión de servicios públicos de actividades deportivas, en un contrato de concesión de obra pública para la construcción de un

consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean”.

¹⁴⁵¹ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 4/2012, 1 febrero 2012 ; como dice la JCCA, el contratista recibía un inmueble y quedaba a expensas de su venta para resarcirse de la inversión.

¹⁴⁵² Dictamen Consejo de Estado, n.53391, 28 nov. 1991: Es causa de resolución por parte del contratista.

¹⁴⁵³ STS, Sala Tercera, 31/12/1985 (Ar. 6408; MP: Manuel Garayo Sánchez) se refiere a una petición de indemnización por mayores costes derivados de un cambio en el emplazamiento.

¹⁴⁵⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 1647/1991, de 19 de diciembre de 1991.

¹⁴⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 79/1993, de 1 de abril de 1993.

¹⁴⁵⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997; lo mismo en Dictamen del Consejo de Estado, núm. 51698, de 25 de febrero de 1988.

polideportivo y su explotación¹⁴⁵⁷.

En todo caso, el concepto de características esenciales no puede definirse de forma general, y dependerá de cada contrato. Ejemplo de ello es el que nos ofrece el Informe 4/2012 de la JCCA de Aragón: una modificación en la forma de pago, de en especial a en efectivo¹⁴⁵⁸. Quizá haya casos en que ello no sea una característica esencial. Pero en el caso de estudio sí lo es en la medida en que i) el pago en especie era el 37% del precio; ii) se trataba de transmitir un inmueble que sería vendido por el contratista, con los riesgos que ello conlleva.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado, entre otras, que si no se trata de una característica fijada en el concurso difícilmente podrá ser considerada esencial. Así señala que “no puede calificarse que este parámetro (emisión libre en abierto-emisión de pago en codificado) fuese un elemento esencial del contrato concesional que impidiese su modificación posterior en la medida en que no era una exigencia del concurso; fue, por el contrario, una propuesta de la propia empresa que resultó adjudicataria (...)”¹⁴⁵⁹.

6.4.2. Alteración del equilibrio acordado

El apartado b) incorpora al Derecho español lo establecido por el Tribunal de Justicia en el asunto Presstetext. Así, uno de los tres apartados del llamado test de Presstetext establece que la modificación será sustancial “cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”¹⁴⁶⁰. La LES se redacta de manera que parece cubrir no sólo los casos de desequilibrio en favor del contratista –como ocurre en el Derecho europeo–, sino también en favor de la entidad contratante.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

Además, en este supuesto no se califica la alteración por lo que cualquier desequilibrio “entre la prestación contratada y el precio” superará el límite. Si se hubiese querido dar algo de

¹⁴⁵⁷ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, 6/2012, 20 septiembre 2012.

¹⁴⁵⁸ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 4/2012, de 1 de febrero de 2012. Según este informe, la manera en que el TJUE ha establecido si la modificación es sustancial es acudiendo a la licitación y los cambios que habría en las ofertas de haberse conocido dicha modificación.

¹⁴⁵⁹ STS, Sala Tercera, 19/02/2008 (EDJ 2008/35320; MP: Eduardo Espín Templado).

¹⁴⁶⁰ Sentencia de 19.06.2008, caso C-454/06 Presstetext [2008], ECLI:EU:C:2008:351, p. 37.

margen se hubiese utilizado la misma descripción que en otros apartados, esto es, la de “alteración sustancial”.

El objeto de este límite no es ni la prestación ni el precio, sino la “relación” entre ambos. Por ello, habría que estudiar caso por caso como afecta a la puesta en marcha de técnicas de mantenimiento del equilibrio económico del contrato cuando éstas no se puedan incardinar en la distribución de riesgos prevista en los pliegos. Precisamente en los casos que requiere de equilibrio lo que ocurre es que la misma prestación se vuelve más costosa por alguna razón, por lo que se actúa para reducir el coste ya sea través de un mayor plazo de amortización (aumentando plazo) o a través de un incremento de los ingresos.

El punto de referencia para saber si se ha producido la alteración es la ecuación económica alcanzada en la adjudicación. De nuevo observamos como el límite a la modificación pretende proteger a ésta de posibles alteraciones que la distorsionen.

Hay que señalar además que si la modificación del contrato supone alterar el equilibrio del contrato a favor del contratista estaríamos ante un posible caso de “ayuda de Estado”, tal y como hemos visto al estudiar este mismo supuesto ahora fijado en las Directivas.

6.4.3. Necesidad de nueva habilitación profesional o diferentes condiciones de solvencia

El apartado c) establece lo siguiente:

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

Se trata de un supuesto que no se encuentra expresamente en las Directivas, si bien podría considerarse implícito en la condición primera del test de Pressetext tal y como lo recoge la Directiva 2014/24, esto es, en que no se permite la modificación que hubiese permitido a otros candidatos presentarse a la adjudicación. En este sentido, la LES usa criterios de aptitud (habilitación necesaria y solvencia) como medios objetivos para medir si a la licitación hubiese podido atraer a más competencia.

Cabe preguntarse si el hecho de no ejecutar todas las prestaciones previstas puede suponer

una modificación incurso en esta causa. Si seguimos la línea argumental ahora dominante, que trata de proteger la licitación a toda costa, sí debería considerarse una modificación prohibida en la medida en que a través de un pliego que exijan más de lo necesario se puede restringir sobremanera la competencia. Llevado al extremo, imaginemos que se solicita solvencia y medios necesarios para hacer varios edificios y luego sólo se realiza uno. Muchas empresas ante las altas demandas de medios decidirían no presentarse.

6.4.4. Modificaciones iguales o superiores al diez por ciento

El artículo 107.3.d) recoge las llamadas modificaciones menores, es decir, aquellas que no superan un porcentaje del precio de adjudicación.

d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Se trata de una auténtica novedad en nuestro Derecho si bien ya parecía anunciada por la jurisprudencia del TJUE, v.g el asunto del servicio de ambulancias alemán. Esta doctrina ha pasado también a las Directivas de 2014.

Desde el punto de vista del Derecho español VÁZQUEZ MATILLA considera esta cláusula “la mayor prohibición que ha existido en toda la legislación contractual en nuestro país”¹⁴⁶¹. ESTEVEZ también considera que es el límite de mayor trascendencia y el primero que debe comprobarse¹⁴⁶². MUÑOZ MACHADO entiende que se trata del único límite material a la modificación¹⁴⁶³.

Son varias las cuestiones que surgen.

En primer lugar, el punto de referencia para valorar la modificación es el precio de adjudicación. Es decir, ni el valor estimado, ni la suma de todas las modificaciones realizadas hasta la fecha. Y debe ser tomado en cuenta sin aplicar el IVA¹⁴⁶⁴. Se han superado por tanto

¹⁴⁶¹ J. VÁZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., p. 186.

¹⁴⁶² Á. E. ESTÉVEZ, “El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence”, cit.

¹⁴⁶³ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 402.

¹⁴⁶⁴ Informe 4/2012 Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, 25 mayo 2012.

las dudas sobre el concepto de “precio primitivo”¹⁴⁶⁵.

En segundo lugar, la posibilidad de compensar las modificaciones a la baja y al alza. Aunque antes no estaba claro si a la hora de calcular porcentajes en la legislación de contratos se puede compensar¹⁴⁶⁶, la nueva redacción parece que establece que no se podrán compensar¹⁴⁶⁷.

Por último, debe quedar claro que no superar el porcentaje establecido no garantiza la legalidad de la modificación. Habrá modificados menos de 10% que infrinjan otro de los límites y por tanto se consideren alteraciones esenciales¹⁴⁶⁸.

6.4.5. Afecte a la licitación

El último límite a la modificación de los contratos supone una auténtica cláusula de cierre del sistema en la medida en que prohíbe cualquier modificación que afecte a la licitación en alguna de las formas descritas. Se trata de una versión más completa del primer apartado del test de Presetext:

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

El artículo 107.3.e) prohíbe la modificación que, de haber sido conocida, hubiese provocado una de estas dos situaciones: a) Otros interesados hubiesen concurrido; b) los que se presentaron hubiesen elaborado otras ofertas sustancialmente distintas.

Esta cláusula supone la recepción de la doctrina del TJUE, que ahora también recogen las Directivas.

A la hora de la aplicación se pueden presentar problemas de aplicación en la medida en que no es fácil demostrar que se hubiese concurrido a la licitación, o que se hubiese cambiado la

¹⁴⁶⁵ Informe Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, 8/2008, en que se dice que las variaciones de medición deben ser la excepción.

¹⁴⁶⁶ JCCA 28/1971, de 23 de julio: al calcular porcentajes se puede compensar; también Informe 16/06 JCCA ya que el art. 160 RGLCAP se refiere a variaciones. El Informe 10/03 JCCA Baleares señala lo contrario.

¹⁴⁶⁷ Ejemplo, Dictamen 1819/2002, del Consejo de Estado de 26 de Septiembre de 2002.

¹⁴⁶⁸ Informe 73/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 1 de marzo de 2012.

oferta. Por ello cobra importancia la expresión “pueda presumirse”. Si se lleva a cabo una interpretación laxa se corre el riesgo de tener que declarar irregular prácticamente toda modificación. Por ello debe tratarse de una interpretación basada en hechos objetivos. Por ejemplo, que en el expediente se recojan muestras de interés de otros operadores, que en el mercado objetivo existan más competidores del mismo perfil, que en contratos anteriores del mismo tipo la Administración hubiese actuado de otra manera, etc.

Este supuesto incluye también aquellas modificaciones que de haberse tenido en cuenta al comienzo hubiesen exigido otro tipo de procedimiento de licitación más abierto. Por ejemplo, si con la modificación se demuestra que desaparece la causa que permitió adjudicar el contrato a través del negociado sin publicidad (pensemos en la urgencia). Entonces debió haberse acudido a otro procedimiento y, por tanto, otros contratistas pudieron haberse presentado.

O, por ejemplo, un caso que se puede dar con relativa frecuencia en la práctica es el de establecer una determinada garantía definitiva, y luego no exigirla. Ello supone un cambio a las condiciones licitadas que tiene impacto real en la licitación, especialmente para las pymes que ante este tipo exigencias suele no acudir a la licitación.

6.5. El procedimiento como garantía para los intereses implicados.

Como estamos comprobando, la modificación del contrato es un fenómeno complejo en el que se ven envueltos los intereses de las partes contratantes, pero también las garantías que emanan de la licitación inicial. Por ello, la existencia de procedimiento es un cauce idóneo para lograr un proceso de toma de decisión que respete todos esos intereses en juego. Y no sólo para una mejor toma de decisión, sino para que quede constancia del razonamiento seguido y los motivos existentes.

Asimismo, en el caso de las modificaciones de los contratos administrativos el procedimiento cobra un carácter esencial en la medida en que se está ejerciendo una modificación unilateral, esto es, una potestad administrativa.

Dado que son varios los regímenes jurídicos existentes dentro del TRLCSP, serán varios los procedimientos que deban ser tenidos en cuenta. En primer lugar, las mal llamadas

modificaciones previstas seguirán el procedimiento establecido en los pliegos a tal efecto. En segundo lugar, en caso de modificaciones no previstas, tanto el régimen general como el de los contratos administrativos establecen la necesidad de dar audiencia al redactor del proyecto o las especificaciones técnicas así como al contratista. Ahora bien, mientras que en el régimen general no se dice nada más, en el caso de la modificación de contratos administrativos deben observarse ciertas especialidades derivadas de la naturaleza de prerrogativa que tiene la modificación en estos casos. En estos casos estamos ante un procedimiento puramente administrativo.

Por último, habrá que observar los distintos procedimientos que se contemplan en los contratos administrativos típicos. Es especialmente relevante el contrato de obras, en donde se establece un “procedimiento simplificado” que en la práctica supone ejecutar el modificado tramitando a posteriori su expediente con el fin de evitar la paralización de las obras.

Nos centraremos ahora en el procedimiento de modificación de los contratos administrativos. Y es que, el procedimiento que aparece más densamente regulado es el caso de las modificaciones de los contratos administrativos, si bien muchas de las cuestiones se podrían hacer extensibles a los contratos privados de la Administración pública ya que al final el procedimiento sólo es el cauce a través del cual la Administración forma su voluntad. Por tanto, poco importa que se trate de contratos administrativos o privados. Aquí sí se impone el criterio subjetivo. Pensemos en que en ambos casos tendrá que haber informes jurídicos, aprobación de gasto, etc. Sí existirán diferencias cuando tras el contrato privado no esté la Administración Pública. Entonces el procedimiento legalmente exigible queda reducido a la audiencia del contratista¹⁴⁶⁹ y a la observación de las normas fijadas en las instrucciones internas de contratación.

6.5.1. El procedimiento de modificación de los contratos administrativos

1) Iniciación del procedimiento. Propuesta del contratista y el acuerdo de iniciación.

El procedimiento de modificación se inicia con la solicitud de modificación elaborada por

¹⁴⁶⁹ Todos estos requisitos deben entenderse también para el caso en que la modificación del contrato no adopte la forma de acto administrativo sino de Decreto o Real Decreto. Ejemplos de ello son RD 528/2004 que modifica RD 3540/00 sobre la concesión de la autopista R-4 Madrid a Ocaña y que se analiza en la STS 4 febrero 2014.

el responsable del contrato, el director facultativo o por el propio contratista, que puede también proponer la modificación, posibilidad que ya se preveía en el artículo 136 del RGCE 1967. En dicha solicitud debe reflejarse las razones que aconsejan el modificación y su encaje dentro de los supuestos habilitantes.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la Administración no queda vinculada por la propuesta de modificación formulada por el contratista. En este sentido, anunciamos ya la aplicación del art. 42.3 y 44.1 de la 30/1992 cuando señalan que las solicitudes de los interesados que tengan por objeto el ejercicio de prerrogativas administrativas una vez transcurrido el plazo de tres meses, se entienden desestimadas por silencio administrativo¹⁴⁷⁰.

Esta fase tiene una importancia capital en el expediente de modificación y su fiscalización, en la medida en que refleja en el expediente la causa que ha provocado la necesidad de modificar el contrato, que debe ser una de las causas tasadas¹⁴⁷¹.

Asimismo, si la modificación se realizase como mecanismo de equilibrio financiero del contrato, habrá que estar a los plazos que establecen los casos particulares, v.g el artículo 100 RGCAP establecía el plazo de un mes para solicitar la prórroga desde el momento en que se produce el hecho que motiva el retraso.

En los contratos de obra se establece que “cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente” (art. 234.3 TRLCSP). Asimismo, el expediente de modificación exigirá, entre otras cosas, “Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar”.

Esta solicitud de modificación debe ser elevada al órgano de contratación. Es una primera oportunidad para que el órgano de contratación considere si es aconsejable tramitar el modificación o si a todas luces éste será sustancial y, por tanto, mejor tramitar la resolución del contrato. En principio las partes deben proponer la modificación estrictamente necesaria por lo que no debería ser posible tramitar una modificación menor de la aquí planteada.

¹⁴⁷⁰ Ver en este sentido Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, 311/2012, de 18 de junio de 2012, que cita las STS de 28 de febrero de 2007 (TF 2007\4846) y de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2008\7341).

¹⁴⁷¹ Dictamen del Consejo de Estado, 1041/1992, de 30 de julio de 1992.

El órgano de contratación debe decidir si aprueba el acuerdo de iniciación o no, y contemplar si suspende o no la ejecución.

Si decide acordar el inicio del procedimiento, ya sólo podrá dar marcha atrás a través del desistimiento por existencia de infracción no subsanable, o por renuncia por razones de interés público. Aunque nada diga al respecto el TRLCSP, sí se contempla estos conceptos en el caso del procedimiento de adjudicación.

2) Suspensión de la ejecución del contrato

La suspensión del contrato puede producirse por muchas razones¹⁴⁷². Se trata de una potestad que se inserta eventualmente como parte de otros procedimientos, como la modificación o la comprobación del replanteo¹⁴⁷³. Ahora interesa estudiar la suspensión que se deriva de la modificación del contrato. De hecho, en los contratos de obra es relativamente frecuente que de cara a redactar los documentos necesarios para la modificación del contrato sea necesario suspender temporalmente la ejecución del contrato.

Hasta no hace mucho la incoación del expediente de modificación del contrato suponía la suspensión de su ejecución. Así, el artículo 159 RGLCAP establecía que cuando se acuerde la redacción de un modificado que impida continuar determinadas partes de la obra, deberá acordarse la suspensión temporal, parcial o total de la obra. Esto no sucede, estando obligado el contratista a continuar ejecutándolo si no se decreta la suspensión. No era raro, y así sigue siendo, que sea el contratista el que solicite la suspensión de los trabajos en caso de modificación del contrato.

Como en toda suspensión, el primer paso es levantar el acta de suspensión (artículo 220 TRLCSP). Hoy la regulación sigue regulada en el artículo 103 RGLCAP y contempla alguna especialidad para el contrato de obras¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷² E. GARCÍA TREVIANO GARNICA, *La suspensión del contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.

¹⁴⁷³ Informe 40/08 JCCA.

¹⁴⁷⁴ “2. En el contrato de obras el acta a que se refiere el apartado anterior será también firmada por el director de la obra, debiendo unirse a la misma como anejo, en relación con la parte o partes suspendidas, la medición de la obra ejecutada y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en las mismas. Dicho anejo deberá incorporarse en el plazo máximo de diez días hábiles conforme a la regla de cómputo establecida

Es interesante notar que la denegación de una solicitud de suspensión no puede ser impugnada al considerarse como acto no recurrible, sin perjuicio de que luego se repercutan los efectos en la liquidación: “esta decisión de la Administración denegando la suspensión de las obras no puede ser considerada como acto recurrible en cuanto no pone fin ni suspende el procedimiento contractual, sin perjuicio por tanto de los efectos en la liquidación o extinción del contrato de los hechos que la motivaron”¹⁴⁷⁵.

La suspensión por causa de modificación se rige por las mismas normas que cualquier otra suspensión en el sentido en que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados incluido el lucro cesante en el porcentaje que para cada figura contractual señale la norma. Además, llegado el caso, se convierte en causa que justifica la resolución del contrato¹⁴⁷⁶.

3) Redacción del proyecto o especificaciones técnicas modificadas y su valoración. El procedimiento de precios contradictorios.

Tras el acuerdo de iniciación, debe llevarse a cabo la modificación del proyecto o especificaciones técnicas originales. Se trata de un paso fundamental para valorar la magnitud de la modificación. Será difícil cuantificar la modificación del contrato si no se aprueba una modificación del proyecto o las especificaciones técnicas primero¹⁴⁷⁷. Como lo define el Consejo de Estado, “el proyecto es el soporte técnico de todo contrato de obra, de forma tal que sin aquél no es posible la celebración de éste”¹⁴⁷⁸. Ahora bien, hay que “diferenciar en materia de modificaciones de contratos administrativos entre la modificación del proyecto, de índole meramente técnica, y la modificación del contrato que, por su carácter sustancial, implica una novación de la relación contractual”¹⁴⁷⁹. Se trata ahora de la parte técnica: la elaboración del proyecto de reformado. En esta fase, de contenido técnico, ello debe darse audiencia al redactor de éstas como señala el artículo 108.2 TRLCSP:

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el art. 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se

en el apartado anterior, prorrogable excepcionalmente hasta un mes, teniendo en cuenta la complejidad de los trabajos que incluye”.

¹⁴⁷⁵ STS, Sala Tercera, 21/09/1989 (Ar. 6362).

¹⁴⁷⁶ Ejemplo de resolución por suspensión de más de un año provocada por modificación del contrato es la STS, Sala Tercera, 16/07/1991 (Ar. 6340; MP: Juan García-Ramos Iturralde).

¹⁴⁷⁷ Así se pronuncia el Consejo de Estado en su Memoria del año 1990, p. 155-156.

¹⁴⁷⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 1041/1992, de 30 de julio de 1992.

¹⁴⁷⁹ Memoria del Consejo de Estado del año p. 133-134.

hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

En este sentido, y aunque sea con carácter ilustrativo, el artículo 59 del Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado establece que el Director “redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla”.

El Consejo de Estado también considera que “la redacción del proyecto modificado se configura como una de las prestaciones a que viene obligado el director de la obra. En efecto, la doctrina ha considerado como una de las prestaciones propias del contrato de dirección de obra la revisión y en su caso rectificación de los vicios o defectos de que adolezca el proyecto”¹⁴⁸⁰.

El problema que surge del hecho de que sea el Director de obra el encargado de realizar el proyecto reformado es que ello puede tener repercusiones prácticas si éste no se adapta a la realidad y deben introducirse nuevas modificaciones. No olvidemos que el Director de obra representa los intereses de la Administración y, por tanto, los defectos que tenga el proyecto le serán imputados a ésta¹⁴⁸¹.

Una vez se hayan fijado las modificaciones técnicas necesarias es momento de valorarlas económicamente. Para ello hay que tener en cuenta los precios del contrato original y el coeficiente de adjudicación¹⁴⁸². Afirma el Tribunal Supremo que “es un dogma indiscutible en la doctrina de la contratación administrativa el de que el presupuesto de los proyectos reformados tiene que ser calculado con arreglo a los precios unitarios del proyecto principal ya adjudicado, dejando a salvo el posible derecho del contratista a la revisión de precios”.¹⁴⁸³

En caso de tratarse de precios no previstos en el contrato inicial –por ejemplo en caso de unidades no previstas-, entonces se acudirá al procedimiento de precios contradictorios,

¹⁴⁸⁰ Dictamen del Consejo de Estado, 3268/1998, de 25 de febrero de 1999.

¹⁴⁸¹ STS, Sala Tercera, 16/10/2000 (EDJ 34313; MP: Manuel Goded Miranda).

¹⁴⁸² Informe JCCA Baleares 5/2001.

¹⁴⁸³ STS, Sala Tercera, 24/04/1985 (Ar. 2875; MP: Manuel Delgado Iribarren).

dando audiencia al contratista por plazo de tres días hábiles. En caso de que el contratista no acepte esos precios la Administración será libre de ejecutar los trabajos ella misma, o contratar con un tercero de manera directa si no se supera cierto umbral¹⁴⁸⁴. Ahora bien, si la Administración decide no ejecutar con un tercero ni realizarlo ella misma, podrá imponerle los trabajos y los precios al contratista cuando no superen un umbral determinado (20% antes de la LES, un 10% después), sin perjuicio de que el contratista impugne dichos precios.

Los casos que llegan a los Tribunales suelen comenzar con la parte demandada considerando que los precios discutidos sí formaban parte del contrato original. Por tanto, la parte actora debe primero probar que se trata de unidades cuyos precios no se fijaron en el contrato inicial. Hecho eso, y aceptado que se trata de nuevos precios, es cuando se discuten los precios que deben fijarse¹⁴⁸⁵. Además, a los precios fijados de manera contradictoria no se les aplicará la baja ofertada¹⁴⁸⁶.

Como hemos visto, uno de los aspectos que lleva a concluir que se trata de nuevas unidades sin precio previamente acordado es el hecho de que se trata de trabajos que requieren de nuevas máquinas e, incluso, nueva clasificación del contratista. Habría entonces que preguntarse si este tipo de modificaciones es compatible con la limitación antecitada que prohíbe modificaciones que requieran una nueva habilitación profesional (art. 107 TRLCSP).

En todo caso, es importante que la fase técnica concluya con un proyecto definido y valorado económicamente. Sólo de esta manera el órgano gestor podrá tomar la decisión administrativa adecuada. Para ello, y previo al acuerdo del órgano gestor, es necesario darle audiencia al contratista.

4) Certificación de existencia de crédito

En la medida en que de la redacción y valoración del contrato se deduzca que se va a originar un gasto para la Administración, se requerirá la certificación de crédito correspondiente. Y habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo 46 LGP:

¹⁴⁸⁴ La Ley 53/1999 modificó lo establecido en el artículo RGCE 1975, que señalaba que el contratista quedaba obligado a aceptar los precios contradictorios, pudiendo apelar al arbitraje.

¹⁴⁸⁵ STS de 4 de Febrero de 2013, 386/2013, rec 5461/2011, Ponente: Díaz Delgado, STS 19 de Diciembre de 2008, rec. 108/2008, Ponente: Huelín Martínez de Velsco.

¹⁴⁸⁶ STS 28 de septiembre de 2004, (Ar. 847; MP: Pico Lorenzo)

Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley

Así pues, si se adquiere un compromiso de gasto superior al crédito autorizado, el acto es nulo¹⁴⁸⁷.

En el ámbito local el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales se pronuncia de manera contundente sobre los casos en que se produce el reconocimiento de la obligación o el pago sin existir crédito suficiente. El artículo 188 TRLRHL señala que

“Los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las Entidades Locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente”

Y en su artículo 173.5 TRLHL establece la prohibición de adquirir compromisos de gastos “por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”. Precisamente, en el Dictamen 274/2015 del Consejo Consultivo, sobre la modificación del contrato de gestión de servicio de bicicletas (BICIMAD), la Intervención considera que el documento contable que autoriza el gasto imputable a presupuestos futuros contiene una cuantía que no contempla las posibles modificaciones del contrato. A pesar de las advertencias de la Intervención se decidió no incluir éstas y, por tanto, la modificación del contrato ahora puede incurrir en nulidad de pleno derecho por insuficiencia de crédito autorizado en los estados de gastos¹⁴⁸⁸.

Asimismo, si la propuesta de modificación no incorpora los informes necesarios para acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente, no podrá ser aprobada¹⁴⁸⁹.

5) Informe del servicio jurídico

El artículo 211.2 TRLCSP señala que “ en la Administración General del Estado, sus

¹⁴⁸⁷ Ver en ámbito de modificación los Dictámenes del Consejo Consultivo de Madrid 371/11 o 417/12.

¹⁴⁸⁸ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 274/2015, de 20 de mayo de 2015.

¹⁴⁸⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, 511/2012.

Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente (...).”

A nivel autonómico habrá que estar a las normas correspondientes.

En el ámbito local, el artículo 114.3 TRRL señala que “los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos. En los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa, y en los de modificación de estos últimos, cuando la cuantía de aquélla exceda del 20 por 100 del precio del contrato, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad autónoma, si existiere, o, en su defecto, del Consejo de Estado”¹⁴⁹⁰.

6) Informe de contenido presupuestario

Hoy derogado, la Ley 53/1999 añadió un párrafo 3 al artículo 102 LCAP (que tras la aprobación del TRLCAP pasa a ser el artículo 101) que impone el informe de contenido presupuestario de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda en dos casos:

- i) para el caso de modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros). En caso de modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas el margen se amplía al 30%.
- ii) las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas en contratos cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 6.010.121,04 euros y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones.

Al ser básico, las Comunidades Autónomas debían también prever el órgano equivalente y en las entidades locales, sería la Comisión Especial de Cuentas.

La solicitud de informe debía ir acompañada de diversa documentación: a) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación

¹⁴⁹⁰ Sobre la necesidad de informe de Secretaria Dictámenes 226/10 y 371/11 Consejo Consultivo de Madrid.

producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido, en los contratos distintos a los de obras, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas. b) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación. c) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta.

Sin embargo, con la aprobación de la LCSP en 2007 este precepto fue derogado.

7) **Fiscalización previa**

Una vez que se ha aprobado el proyecto definitivo es momento de que la Intervención fiscalice los aspectos económico-financieros y presupuestarios del expediente de modificación. Se trata de un auténtico control preventivo de legalidad¹⁴⁹¹. La fiscalización previa del expediente “se caracteriza, frente al control financiero, en que su ejecución es con carácter previo a la adopción de una decisión generadora de gastos, obligaciones o pagos, por lo que se puede afirmar su vocación preventiva o garantista que no se predica del control posterior financiero (...)”¹⁴⁹². La propia LGP define la **función interventora** como “controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso” (art. 148 LGP)—veremos más adelante que además se puede llevar a cabo una actividad auditora a posteriori¹⁴⁹³.

Ahora bien, el alcance de la función interventora, de carácter previo, está muy limitado. Con carácter general se ejercerá “respecto de los actos realizados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social” (art. 149.1 LGP). A dicha limitación se le suman otras de carácter objetivo

¹⁴⁹¹ Al respecto X. LAZO VITORIA, *El control interno del gasto público estatal*, Tecnos, Madrid, 2008., p. 204

¹⁴⁹² T. MOREO MARROIG, *Manual para la utilización de los acuerdos marcos y figuras relacionadas*, Aranzadi, Madrid, 2014., p. 64.

¹⁴⁹³ Es más, se asegura que desde los años 80 se vive la crisis del modelo de intervención previa en favor de la intervención posterior a través de técnicas de auditoría. Cfr. X. LAZO VITORIA, *El control interno del gasto público estatal*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 161.

como la exclusión de la fiscalización previa de los contratos menores (art. 151 LGP) o los gastos de carácter periódico una vez fiscalizado el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones (art. 151. b).

La fiscalización previa podrá ser ordinaria o general, lo cual incluye un control íntegro de todos los aspectos. O bien ser una fiscalización limitada que sólo se centra en la competencia del órgano y la existencia de crédito presupuestario¹⁴⁹⁴.

En caso de ser una fiscalización ordinaria, el Acuerdo de 30 de mayo de 2008 de la Intervención General de la Administración del Estado establece que en los expedientes de contratos de obra, en el caso de los modificados debe comprobarse que son previstas y que no superan esa cláusula de previsión; y que si no estuviesen previstas que incorporan informe técnico justificativo de los extremos previstos en el artículo 107.1 y 107.3 TRLCSP. Además, comprobarán que existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos si procede por razón de cuantía. Que existe informe del servicio jurídico y, en su caso dictamen del Consejo de Estado. Y que existe acta de replanteo previo¹⁴⁹⁵. En el caso de las concesiones de obra pública debe además comprobarse en su caso que se acompaña informe técnico de que concurren las circunstancias previstas en el artículo 258.2 TRLCSP de mantenimiento del equilibrio económico¹⁴⁹⁶.

El juicio de la intervención dará lugar a la conformidad o la disconformidad, en cuyo caso se interpone el reparo correspondiente en los términos del artículo 154 LGP “desacuerdo con el contenido de los actos o con el procedimiento seguido”). Estos reparos suspenden la tramitación hasta que se subsanan las deficiencias o hasta que se solventa el reparo a través del procedimiento que cada Administración se prevea. En el ámbito estatal, por ejemplo, la decisión definitiva sobre el levantamiento de un reparo será de los órganos superiores de la IGAE y del Consejo de Ministros en último caso (art. 155 LGP). En el ámbito local habrá

¹⁴⁹⁴ La implantación de la fiscalización limitada, justificada en aras de la agilización de la función interventora, debe ser aprobada por el Pleno.

¹⁴⁹⁵ Sobre función interventora en contrato de obra pública O. J. MORENO AYZA; M. T. SANAHUJA ESBRI, “La función interventora en los contratos de obra pública”, *Revista de Derecho Local El Derecho*, vol. 2, 2012.

¹⁴⁹⁶ Consejo de Ministros, en su reunión de 30 de mayo de 2008, adoptó el Acuerdo por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (actualizado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011). Ver en <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/CInControlGastoPublico/Documents/ACM%2030%2005%2008.pdf> (accedido en agosto 2015).

que estar a lo que establece el TRLRHL.

La omisión del acto de fiscalización sólo conlleva vicio de anulabilidad, siendo subsanable (artículo 156 LGP)¹⁴⁹⁷.

8) El trámite de audiencia del contratista

En el procedimiento de modificación se debe dar audiencia al contratista al margen del procedimiento de precios contradictorios, que tiene un fin determinado ajeno al de mera audiencia. La audiencia al contratista debe servir para que éste valore la necesidad del modificado y tome una posición respecto a él. El Tribunal Supremo ha señalado que es en esta fase de redacción y valoración cuando debe darse audiencia, no siendo necesaria en la fase de aprobación del modificado¹⁴⁹⁸.

El trámite de audiencia de no ser observado, conlleva la nulidad de la modificación. Cierta línea doctrinal opina que la omisión del trámite de audiencia sólo produce la invalidez cuando existe indefensión, “y esto no se da cuando el mismo ha tenido ocasión de alegar en vía administrativa todo lo que considerase oportuno, aunque sea a través del recurso de reposición, y en ésta del recurso jurisdiccional”¹⁴⁹⁹. El Consejo de Estado en Dictamen 40/1994 de 21 de abril considera que no se requiere audiencia cuando el contratista es el que ha instado la modificación y ésta se lleva a cabo según los datos suministrados por aquél¹⁵⁰⁰. Así se pronuncia Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012, que de manera implícita señala que en caso de que los informes jurídicos y de intervención se emitiesen con posterioridad al trámite de audiencia podrían causar indefensión si introducen algún nuevo elemento¹⁵⁰¹.

Se trata, sin duda, de un trámite clave. Y no sólo como garantía para el contratista, sino también para la Administración, a la vista de las repercusiones jurídicas que tiene la postura del contratista cuando éste reclama indemnización derivada de la modificación del contrato. El contratista no puede negarse a ejecutarlo si bien puede presentar su oposición. Por ello,

¹⁴⁹⁷ En este sentido también STS 7 febrero de 2000, EDJ. 2000/8282; también X. LAZO VITORIA, *El control interno del gasto público estatal*, cit., p. 202.

¹⁴⁹⁸ STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén) sobre la DF 4ª Ley 8/1972.

¹⁴⁹⁹ STS, Sala Tercera, 17/03/1989 (Ar. 2234; MP: Pedro Esteban Alamo).

¹⁵⁰⁰ Dictamen del Consejo de Estado, 40/1994, de 21 de abril de 1994.

¹⁵⁰¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012.

el propio Consejo de Estado ha señalado que debe quedar constancia por escrito de la postura del contratista hacia la modificación del contrato¹⁵⁰².

Entre la doctrina, SÁINZ MORENO desde hace tiempo defiende que hay que dar trámite de audiencia también al resto de candidatos que no lograron obtener la adjudicación¹⁵⁰³. En el mismo sentido, en Italia, GIANNELLI¹⁵⁰⁴. Ello supondría la notificación de la modificación del contrato, un aspecto todavía hoy poco extendido –con algunas salvedades regionales que veremos más adelante. En un sentido similar, el Consejo de Estado sí ha considerado que un tercero interesado se puede personar en el expediente de modificación, en base al artículo 31.1.c) LPAC¹⁵⁰⁵.

9) Informe del Consejo de Estado, en su caso.

El último informe antes de la aprobación definitiva de la modificación es el informe del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente¹⁵⁰⁶. Será la Comisión Permanente del Consejo de Estado la encargada de llevar a cabo esta función (artículo 22).

El Consejo de Estado emitirá dictamen en el que se pronuncie sobre la observancia de los requisitos formales (si se ha seguido el procedimiento adecuado para modificar) y sobre la observancia de los requisitos sustantivos (si se dan las circunstancias que permiten modificar el contrato)¹⁵⁰⁷. En este sentido es importante que el Consejo de Estado exija que la modificación esté suficientemente motivada y, en caso contrario, ordene que se retrotraiga el procedimiento para completarlo con las actuaciones pertinentes¹⁵⁰⁸.

En ocasiones señala, además, que no le corresponde realizar un juicio técnico sobre la

¹⁵⁰² Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997 citando otros muchos.

¹⁵⁰³ F. SÁINZ MORENO, “Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa”, en Benigno Pendás García (ed.) *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995 (Wolters Kluwer), p. 448

¹⁵⁰⁴ A. GIANNELLI, “Performance and renegotiation of public contracts”, *Ius Publicum Network Review*, 2013., p. 25.

¹⁵⁰⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 1281/2005, de 28 de julio de 2005.

¹⁵⁰⁶ Es el último informe tal como establece el artículo 2.2 LOCE: “Los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, solo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno”.

¹⁵⁰⁷ M. DEL BUEYO DíEZ JALÓN, “La intervención de los Consejos Consultivos en los procedimientos de modificación de contratos”, *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, 2005., p. 72.

¹⁵⁰⁸ Así, por ejemplo, en Dictamen del Consejo consultivo de Murcia, 342/2013, de 12 de diciembre de 2013.

necesidad de la modificación pretendida¹⁵⁰⁹.

Todo ello lo hace a través de un informe que es previo, preceptivo, y no vinculante.

Respecto a su carácter de informe previo, este trámite sirve como garantía para tomar una mejor decisión, por eso no tiene sentido alguno el solicitarla cuando ya se ha tomado la decisión de modificar, algo lamentablemente habitual¹⁵¹⁰. Como señala el Consejo de Estado (Dictamen 454/1996), en un caso en que las obras estaban ya completamente ejecutadas:

La modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación (...)

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado de "reformado anticipado", por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en numerosos dictámenes relativos a expedientes análogos al presente- ha venido recordando de modo reiterado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues como apuntan los dictámenes nº 1.281/94, de 21 de julio de 1994, y 1.834/95, de 11 de octubre de 1995, "la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública"; sin que puedan conferir virtualidad justificativa alguna al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, razones de urgencia o de eficiencia económica, como las argüidas en la presente consulta.

Ahora bien, si algo ha hecho que esta práctica se extienda es la permisividad del Consejo de Estado ante estas situaciones. En lugar de proceder a informar desfavorablemente, se limita a formalizar la aprobación de la modificación propuesta, aunque apunte a posibles responsabilidades:

Tales anomalías, que contravienen frontalmente las prescripciones legales, han trascendido al aspecto de financiación de la obra pública, pues, como aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del consiguiente crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado expedido por el Jefe de Contabilidad procedente.

¹⁵⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado, 257/1992, de 29 de julio de 1992.

¹⁵¹⁰ Dictamen Consejo de Estado 4709/1998; en el que se había aprobado la modificación por el Pleno.

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aprecia -por razones de interés público- la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación propuesta, si bien ello no obsta las consideraciones realizadas en torno a las anomalías detectadas, ni releva al Departamento ministerial de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir, por ejecutar obras no autorizadas.

Es interesante señalar que la omisión de este informe tiene dos interpretaciones posibles según la jurisprudencia. Por un lado, ha sido declarada por el Tribunal Supremo como causa de vicio de anulabilidad y, por tanto, susceptible de convalidación. Por ejemplo, la Sentencia de 27 de febrero de 2008, señala que aunque se aprobó la modificación sin solicitar informe del Consejo de Estado, sí que se solicitó a posteriori, y como este fue favorable a la modificación en nada hubiera cambiado el resultado final¹⁵¹¹. Por tanto, sólo sería nulidad absoluta si hubiese merecido el parecer negativo del Consejo de Estado¹⁵¹².

En sentido contrario se pronuncia la Sentencia de 21 de mayo de 1980 (ar. 1869) que entiende que estamos ante un requisito esencial “cuyo origen y naturaleza le otorgan valor fundamental como garantía del acierto jurídico de las decisiones administrativas y no como pura formalidad que fuere posible sustituir o eliminar”. Y como consecuencia, la STS de 16 de septiembre de 1980 (ar. 3241) debe declararse “la nulidad de lo actuado y de las resoluciones dictadas desde que se prescindió indebidamente del cumplimiento de tal trámite esencial”¹⁵¹³.

Respecto a la preceptividad, así se establece por la legislación. El informe se estableció con carácter preceptivo por primera vez en la reforma de la LCE operada por la Ley 5/1973. Entonces se introdujo sólo para algunos contratos (más de 100 millones de pesetas) y con variación de al menos el 20%, limitaciones que, con cambios, todavía hoy persisten. La LCAP aumentó considerablemente ese importe hasta los mil millones de pesetas –en el Anteproyecto se intentó que fuesen dos mil-, cantidad que hoy se mantiene en los 6 millones de euros.

Hoy el artículo 211.3 TRLCSP establece lo siguiente a la hora de ejercitar determinadas prerrogativas:

¹⁵¹¹ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP: Enrique Lecumberrí Martí).

¹⁵¹² CE 43/2000 o 72/2001: sólo es nulidad absoluta si hubiese merecido el parecer negativo del Consejo.

¹⁵¹³ En el mismo sentido el Dictamen 328/2013 del Consejo Consultivo de Andalucía al entender que se da la nulidad radical e insubsanable ya que el modificado estaba aprobado antes de solicitar el dictamen.

“3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:

- a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.”

A la hora de calcular el precio primitivo del contrato debe considerarse el valor del mismo teniendo en cuenta todo el plazo de duración¹⁵¹⁴. No se trata, por tanto, de multiplicar el precio original por el número de años de duración, sino de tomar el precio original¹⁵¹⁵.

En el ámbito local, el art. 114.3 TRRL establece que en la modificación de los contratos se solicitará informe del Consejo de Estado “cuando la cuantía de aquélla exceda del 20 por 100 del precio del contrato”. No establece cuantía mínima. Sin embargo, habrá que estar a lo establecido en la legislación de contratos¹⁵¹⁶.

En materia de concesiones, la LO 3/1980, del Consejo de Estado establece que también serán objeto de informe del Consejo de Estado la modificación de la concesión cuando se formule oposición por parte del concesionario (art. 22 LOCE).

Asimismo, HORGUÉ BAENA considera que también deben ser objeto de informe los modificados posteriores a uno que haya requerido informe del Consejo de Estado¹⁵¹⁷.

Y si antes al analizar el carácter previo hablábamos de la subsanación a través de la emisión de Dictamen con posterioridad a la ejecución del modificado, debemos ahora preguntarnos

¹⁵¹⁴ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012 que cita Dictámenes del Consejo de Estado 114/09 , 226/10 , 321/10 , 272/11 , 275/11.

¹⁵¹⁵ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP: Enrique Lecumberri Martí).

¹⁵¹⁶ En Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, 98/2014, de 8 de mayo de 2014: “...la generalidad de los consejos consultivos autonómicos y el propio Consejo de Estado vienen aplicando como parámetros de su competencia para dictaminar en la materia no los establecidos en el TRRL, sino los señalados en la legislación básica reguladora de la contratación administrativa. Únicamente los Consejos Consultivos de La Rioja (D.147/2008) y Madrid (D.114/2009) han sostenido la aplicabilidad del artículo 114.3 TRRL frente a la legislación reguladora de la contratación administrativa, si bien el Consejo Consultivo de Madrid ha rectificado tal criterio con posterioridad (D. 226/2010 y 241/2013)”.

¹⁵¹⁷ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 153.

qué ocurre ante la omisión total de dictamen. El propio Consejo de Estado se ha pronunciado a favor de la nulidad de pleno Derecho¹⁵¹⁸.

Respecto al carácter no vinculante del informe, la Administración activa podrá aprobar la modificación pese al informe desfavorable, si bien ello requiere una motivación reforzada. Además, en el ámbito de la AGE, en caso de informar negativamente la modificación, ésta deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros (artículo 2.2 LOCE).

Ahora bien, a pesar de no ser vinculante, cuando el Consejo de Estado observe que una modificación es sustancial (por ejemplo si supera los límites cuantitativos), deberá informar en contra de la modificación, y en caso de no poder realizarse otra modificación menor –por ejemplo si ya se ha ejecutado-, a favor de la resolución del contrato.

Por último, y desde el plano puramente teórico, la nueva redacción de la modificación contractual parece excluir a los contratos complementarios de su régimen. Ello supondría que esos casos no requerirían informe del Consejo de Estado ya que éstas no modifican el contrato.

10) Informe de la Administración financiadora

En ocasiones, los contratos suscritos por una determinada Administración son financiados por otra en el seno de algún programa o acuerdo entre ambas. En esos casos no es raro que dicho documento que da lugar a la financiación conjunta incluya cláusulas en las que la Administración contratante deba obtener informe o visto bueno de la Administración financiadora. Por ejemplo, en el seno del programa PRISMA de inversiones de la Comunidad de Madrid, bajo el cual el Ayuntamiento de Getafe tiene que enviar el proyecto de modificado para su aprobación a la Comunidad de Madrid¹⁵¹⁹.

11) Aprobación de la modificación por el órgano de contratación.

El procedimiento de modificación del contrato se culmina con la aprobación de la modificación por el órgano de contratación, que es el único competente para hacerlo¹⁵²⁰. De

¹⁵¹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 584/1991, de 27 de junio de 1991; también los Dictámenes 651/2011; 652/2011. Y el Tribunal Supremo a favor de la nulidad de pleno derecho en STS 14 julio 1997 (ar. 5932).

¹⁵¹⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 371/11, de 6 de julio de 2011.

¹⁵²⁰ Sobre la necesidad de que sea el órgano de contratación se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado, 3084/2002, de 31 de octubre de 2002. No el director de obras tal como señala el Informe 22/2004 JCCA.

no aprobarlo éste, estaremos ante un caso de nulidad absoluta por ser actos dictados por órgano manifiestamente incompetente (art. 62.1 LPAC).

Así pues, el procedimiento de modificación debe finalizar con la resolución pertinente. Nada dice la ley sobre el plazo para alcanzar y notificar ésta. Por ello debe aplicarse supletoriamente el plazo de tres meses que fija la LPAC para los procedimientos iniciados de oficio¹⁵²¹. Plazo que podrá ser suspendido cuando se deban solicitar informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución (art. 42.5 LPAC), que es el caso de, por ejemplo, el informe del órgano consultivo correspondiente¹⁵²².

Por su parte, se ha dicho que no entra en juego la figura de la caducidad cuando consta la conformidad del contratista¹⁵²³, en cuyo caso sería silencio negativo, con una fuerza vinculante mucho menor en cuanto que es una mera ficción.

Este acto pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo – salvo que el propio acto disponga otra cosa. Precisamente es la aprobación de la modificación la que permite su ejecución. No suele ocurrir así y veremos, en el apartado que habla de la modificación irregular, como es habitual que se comiencen los trabajos de ejecución antes de la aprobación – lo que VÁZQUEZ MATILLA llama “reformado anticipado”¹⁵²⁴.

En una aproximación demasiado laxa, la jurisprudencia ha aceptado casos de aprobación condicionada, esto es, cuando la eficacia del acuerdo de aprobación queda condicionada al informe favorable del Consejo de Estado¹⁵²⁵.

12) Publicidad, notificación del acto y transparencia

¹⁵²¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 274/2015, de 20 de mayo de 2015, citando jurisprudencia: “...el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado”.

¹⁵²² El acto por el que se suspende el procedimiento debe notificarse para ser efectivo. El Consejo Consultivo de Madrid en su Dictamen 150/15 de 8 de abril señala que “Además, es preceptiva no solo la notificación del acuerdo de suspensión a los interesados sino también la comunicación de la solicitud del informe que motiva la suspensión, lo que tampoco ha tenido lugar en el expediente sometido a dictamen”.

¹⁵²³ Dictamen del Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, 20/2012, de 2 de febrero de 2012; en el mismo sentido Consejo consultivo del País Vasco 263/2011 de 14 diciembre 2011.

¹⁵²⁴ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 210.

¹⁵²⁵ STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP: Enrique Lecumberri Martí).

Como acto administrativo que afecta al interesado, debe ser, como es lógico, notificado. Sobre la notificación al contratista no hay dudas, ésta seguirá el trámite ordinario de notificación. Las dudas surgen con la notificación a los licitadores apartados. Sólo algunas leyes autonómicas han recogido este extremo. Así han hecho, como enseguida veremos, la legislación de Aragón y Navarra.

Tema aparte es la publicidad del acto de modificación. Este ha sido sin duda uno de los grandes déficits de la regulación de la modificación contractual. Es un ejemplo claro de cómo la ejecución del contrato público se consideraba como algo entre las partes contratantes. Sin embargo, la tendencia parece estar cambiando y cada vez son más las normas que potencian la publicidad del modificado.

En España, no ha existido la voluntad de publicar la modificación del contrato. Hasta ahora el sistema español ha estado repleto de opacidad. La solución al problema es clara: mayor transparencia en el procedimiento. Así lo consideró, por ejemplo, el Comité de Expertos que estudió la situación de la contratación en España en 2004: “En línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato. La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste”¹⁵²⁶.

Hasta no hace mucho, sólo se obligaba a la remisión del modificado al Registro Público de Contratos (JCCA) con fines meramente estadísticos (art. 118.2 LCAP y concordante en LCSP). Aunque los datos se hacen públicos periódicamente, lo cierto es que la forma de presentarlos impide estudiar las modificaciones.

Han sido algunas normas autonómicas las primeras en introducir auténticos mecanismos de publicidad.

La Ley gallega de transparencia de 2006¹⁵²⁷ obligó a los órganos de contratación de Galicia a publicar en el perfil del contratante la información respecto a las modificaciones del

¹⁵²⁶ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, p. 116 -118.

¹⁵²⁷ Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.

contrato que supongan un incremento igual o superior al 20% del precio inicial en contratos superiores a un millón de euros (art. 10.3.g). Más adelante, en 2011, Baleares hizo lo propio mediante el artículo 19.2 de la Ley de buena administración¹⁵²⁸, obligando a la publicación en el perfil del contratante las modificaciones superiores al 20% (apa. f). En 2012 Extremadura obligó a publicitar las modificaciones mediante su inscripción en el Registro de Contratos autonómico¹⁵²⁹. Ese mismo año 2012 se introducía una modificación a la Ley de contratos de Aragón¹⁵³⁰ a través de un nuevo artículo 12.bis “Publicidad de los modificados”:

1.El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

Pero es que además, la propia ley obliga a los órganos de contratación a notificar a los licitadores que hubiesen sido apartados del procedimiento de adjudicación, exigiendo un mínimo de información:

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

Sin duda estamos ante una medida que puede influir decisivamente en la superación del problema de los modificados. Medida que puede servir de ejemplo para el resto de los ordenamientos. De momento ha sido Navarra la primera en reflejar esta innovación en su legislación, introduciendo una modificación en el artículo 97 de la Ley Foral en materia de contratos¹⁵³¹:

5. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato o adjudicar contratos accesorios o complementarios se publicará, en todo caso en el Portal de Contratación de Navarra, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

¹⁵²⁸ Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno.

¹⁵²⁹ Ley 1/2012 de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura ; ahora también en la Ley 4/2013, de 21 de mayo de Gobierno Abierto.

¹⁵³⁰ Ley 3/2012, de 8 de marzo de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón que añade el artículo 12.bis a la Ley 3/2011, de 24 de febrero de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Al respecto ver Informe 1/2012 JCCA de Aragón que circunscribe el alcance de este precepto a las modificaciones imprevistas.

¹⁵³¹ Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos.

Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

Además, Navarra va un paso más allá en el camino hacia la transparencia entendida como accesibilidad de los datos al exigir que se publiquen en el portal Web del órgano de contratación los datos finales de todo el proceso de contratación y ejecución:

6. Asimismo, extinguidos los contratos principal y complementarios, se publicarán en Internet, preferentemente en la Web de la entidad contratante, los siguientes datos: precio de licitación, plazo de ejecución contractual, número y nombre de los licitadores, nombre del adjudicatario, precio de adjudicación, porcentaje de baja respecto del precio de licitación, número de modificaciones del contrato y su importe, precio de liquidación final y porcentaje de desvío del precio de liquidación respecto del precio de licitación. Seguidamente se incorporarán los mismos datos respecto de los contratos complementarios.

Más Comunidades Autónomas se han sumado a esta tendencia. Murcia en la Ley de Transparencia (2014)¹⁵³², Andalucía en su Ley de transparencia (2014)¹⁵³³, La Rioja en su ley de transparencia y buen gobierno (2014)¹⁵³⁴ o Cataluña en su Ley de Transparencia (2014)¹⁵³⁵ ha incluido un artículo 13 sobre “Transparencia en la contratación pública” que recoge un amplio elenco de información que debe ser publicada en los todos los contratos incluidos los patrimoniales y los menores. Entre esa información figuran “las modificaciones contractuales, las prórrogas de los contratos, las licitaciones anuladas y las resoluciones anticipadas” (apa. e).

A nivel nacional nada dice el TRLCSP al respecto. Ello cambiará con la transposición de las Directivas, si bien estas sólo obligan a la publicación de los modificados – no notificación a los licitadores- en el caso de modificación por trabajos complementarios o por circunstancias imprevisibles (art. 72 Directiva 2014/24 que se completa con el Anexo V parte G).

Asimismo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha considerado que el TRLCSP no contiene un régimen jurídico propio de acceso a la información, por lo que habrá que

¹⁵³² Ley 12/2014, de 16 de diciembre sobre transparencia y participación ciudadana.

¹⁵³³ Ley 1/2014 de 24 de junio sobre transparencia pública.

¹⁵³⁴ Ley 3/2014, de 11 de septiembre sobre transparencia y buen gobierno.

¹⁵³⁵ Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno de Cataluña

estar a la legislación general sobre acceso a la información¹⁵³⁶.

Además, la recién aprobada Ley de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG)¹⁵³⁷ establece una serie de obligaciones de publicidad (transparencia activa) y de acceso a la información (transparencia pasiva). Entre las primeras su artículo 8.1 señala que

“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

(...)

a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

Varias cuestiones quedan pendientes sobre estos preceptos. En primer lugar, hay que subrayar el hecho de que se aplique a todos los contratos – se incluyen por tanto contratos

¹⁵³⁶ Resolución 92/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de 30 de junio de 2015: “...Más allá de ciertas disposiciones relativas a la confidencialidad de ciertos aspectos de los contratos, motivados por secretos técnicos o comerciales que pudieran estar en juego; la calificación de algunos contratos como secretos o reservados, por motivos de interés público (y que en ningún momento ha sido alegado como motivo para no proporcionar la información) y la obligatoriedad de publicar información en la Plataforma de Contratación del Estado, no se regula por esta normativa un régimen específico de acceso o al menos, lo que, a juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, pueda ser considerado un régimen jurídico específico de acceso a la información en el sentido de la disposición adicional primera, apartado 2. De hecho, a nuestro entender, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita. Este sería el caso, por ejemplo, de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (...) o el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, (...).

¹⁵³⁷ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno

privados y menores¹⁵³⁸.

En segundo lugar, desconocemos la información que hay que proporcionar sobre la modificación. En el desarrollo reglamentario de la Ley de Transparencia sería positivo detallar este aspecto, quizá bajo una fórmula parecida a las de Navarra y Aragón: “(...) figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo (...)” y como cláusula de cierre una frase más propia de la notificación a los interesados, pero que puede jugar un papel importante también en la publicación “(...) la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales”.

Pero además, al establecer la obligación de transparencia en otro texto se corre el riesgo de que el alcance subjetivo difiera del propio de la legislación de contratos. En el caso de la ley estatal de transparencia, la obligación de publicación se aplica a las (a) Administraciones territoriales, (b) entidades gestoras de Seguridad Social, (c) organismos autónomos, agencias, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público “que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”, (d) a las “entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas”, (e) Corporaciones de Derecho público en sus actividades sujetas a Derecho administrativo, (f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, (g) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; (h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; (i)) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo.

Pero además, las obligaciones del Capítulo II, que es donde se incluye la obligación de

¹⁵³⁸ Ello fue aportación del OBCP Cfr. M. A. SANMARTIN MORA, “La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 129, 2014.

publicación de contratos y modificados, también incluye a: a) partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales; b) entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros (artículo 3 LTAIBG). Ahora bien, estos sujetos sólo deberán publicar contratos y convenios y su modificación cuando sean celebrados con una Administración Pública (art. 8.2 LTAIBG).

Y además se obliga a los contratistas a facilitar la información necesaria para poder atender todas estas nuevas obligaciones. Así, el artículo 4 LTAIBG señala que

“Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.

Como se observa, el alcance subjetivo de la norma es verdaderamente amplio que supera al del TRLCSP.

Además, la información debe ser publicada en las sedes electrónicas o páginas web de una manera clara, estructurada, entendible y reutilizable (art. 5.4 LTAIBG), debiendo ser el acceso fácil y gratuito (5.5 LTAIBG).

Ahora bien, esta información también se encuentra sometida a algunos límites. Según el artículo 5.3, serán de aplicación en su caso los límites al derecho de acceso del artículo 14 y, especialmente el derivado de la protección de los datos de carácter personal del artículo 15. Ahora bien, este último se aplica con “datos especialmente protegidos” y permite que se publique la información cuando se disocie de los mismos. El artículo 14 establece los supuestos bajo los cuales se puede limitar el acceso a la información: a) la seguridad nacional; b) la defensa.; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) los intereses económicos y

comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) la protección del medio ambiente.

En todo caso, estas limitaciones deben aplicarse con proporcionalidad entre los intereses privados y el interés público que deben proteger. Quizá los supuestos que más se esgriman en los casos de modificación serán los de las letras h) y k). Pensemos, por ejemplo, en el caso de soluciones innovativas a problemas surgidos en la ejecución, o a la llamada cláusula de progreso. Algunas recientes decisiones pueden ayudar a matizar estos límites.

Por un lado, el Tribunal Supremo ha entendido que la exclusión por secreto comercial o industrial debe incluir “documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados”¹⁵³⁹.

Parece sensato dar trámite de audiencia a la parte interesada antes de decidir, y en base a la argumentación de éstas tomar la decisión¹⁵⁴⁰. Ahora bien, la regla debe ser la transparencia, debiendo el interesado justificar la confidencialidad de aspectos concretos, no pudiendo afectar a la totalidad de la oferta o modificado.

Ahora bien, en muchos casos lo que más interesa es conocer las justificaciones que se dan para aprobar un modificado. Y para ello no es necesario desvelar información de ningún tipo. Incluso podría plantearse la opción de publicar los informes que llevan a tomar esa decisión. Aquí se da una de las grandes carencias de la actual legislación, y es que dice que en caso de peticiones de acceso a la información será causa de inadmisión si éstas van referidas a “información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. Por tanto, su publicación queda a voluntad del órgano de contratación que presumiblemente publicará sólo el acuerdo de modificación.

¹⁵³⁹ STS 30/04/2012, rec. 3243/2012.

¹⁵⁴⁰ Informe 4/2005, 29 de septiembre de JCCA Canarias; sobre confidencialidad y transparencia ver Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 15/2012, de 19 de septiembre de 2012

Respecto al control, el artículo 9 LTBG señala que “El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”. Asimismo, el artículo 9.3 LTBG establece que el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

Respecto al incumplimiento se produce una situación singular. Como la información debe ser publicada dentro de las obligaciones de publicidad activa, podría inadmitirse a trámite toda petición que verse sobre ellas ya que puede entenderse que se refieren a información “de publicación general”. En esos casos sólo se podrá interponer reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia o impugnarlo en vía contenciosa (art. 23 LTBG). Sin embargo, nada se dice respecto de las infracciones y sanciones que se pueden imponer por la falta de publicación de esta información.

13) Formalización del modificado y comunicación al Registro Público de Contratos

En el caso de los contratos administrativos el artículo 219.2 TRLCSP señala que la modificación de los contratos administrativos debe formalizarse observando las reglas generales del artículo 156 TRLCSP. Ello supone que la modificación deba formalizarse en documento administrativo (art. 156.1 TRLCSP).

Entre las normas del art. 156 figura la de observar un periodo de espera entre adjudicación y formalización. Por tanto, se plantea la cuestión de si es necesario observar el plazo de espera entre el acuerdo de modificación y la formalización de la misma manera que hay que esperar entre la adjudicación y la formalización del contrato cuando éste sea contrato SARA (art. 156.3 TRLCSP). Si atendemos a la finalidad última de este mecanismo, que es proteger la adjudicación del contrato, parece que no tiene sentido aplicarla a la modificación. En ese sentido, la JCCA de Aragón en su Informe 12/2012 entiende que no es necesario observar este plazo en la medida en que es una garantía pensada para la adjudicación de los contratos¹⁵⁴¹. Además, en la fase de ejecución debe tenerse en cuenta la necesidad de no detener los trabajos.

¹⁵⁴¹ En este sentido también A. I. BELTRÁN GÓMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, *Observatorio de Contratación Pública*, vol. web, 2012.

Por su parte, no existen impedimentos para que se apliquen los dos últimos apartados del artículo 156:

4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

5. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el art. 113 de esta Ley.

Tras la formalización el órgano de contratación está encargado de comunicar a la JCCA la modificación llevada a cabo. Así, el artículo 30 TRLCSP señala que, con fines estadísticos, dentro de los tres meses siguientes a la adjudicación el órgano de contratación remitirá a la JCCA la adjudicación de los contratos así como la “modificación, prórroga o variación del plazo, las variaciones de precio y el importe final de los contratos, la nulidad y la extinción normal o anormal de los mismos”. Esta obligación se podrá satisfacer a través de las comunicaciones entre Registros.

14) Remisión al Tribunal de Cuentas, en su caso

Además de remitir la información a la JCCA, los órganos de contratación deben remitir también información al Tribunal de Cuentas u órgano autonómico similar en algunos supuestos tal como veremos en los mecanismos de detección.

6.5.2. Los procedimientos especiales. En especial, los procedimientos en el contrato de obras.

Hasta ahora hemos recogido el procedimiento que generalmente seguirá la modificación de un contrato. Sin embargo, la fragmentación de regímenes de modificación que antes describíamos supone que también exista una fragmentación de procedimientos de modificación. Estudiamos ahora algunos de ellos.

Por un lado, la modificación de los contratos privados tendrá un cauce distinto en función de si el órgano de contratación es una Administración pública o es una entidad del sector público. Si es una Administración el acto estará sometido a controles de fiscalización del gasto así como de carácter jurídico como cualquier acto de la Administración. Si se trata de entidades del sector público estos controles se debilitan y vendrán muy marcados por la

específica normativa aplicable a la entidad.

Dentro de los contratos administrativos, el contrato de obras dispone de varias especialidades procedimentales que interesa ahora comentar. En el artículo 234 TRLCSP se contemplan los siguientes procedimientos especiales.

En primer lugar, existen ciertas **especialidades que se introducen en el procedimiento general de aprobación de las modificaciones (art. 234.3 TRLCSP)**. Así, el Director facultativo recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter urgente. Dicho expediente debe reunir los siguientes trámites:

- i) Redacción de la modificación del proyecto
- ii) Aprobación técnica de la misma
- iii) Audiencia del contratista
- iv) Audiencia del redactor del proyecto
- v) Aprobación del expediente por el órgano de contratación
- vi) Aprobación de los gastos complementarios precisos

Es decir, en el caso de contratos de obras, el orden normal del procedimiento debe ser primero un expediente de modificación del proyecto, y una vez aprobada esa modificación del proyecto se tramita el expediente de modificación o de resolución del vínculo contractual. Sin embargo, es una queja constante del Consejo de Estado el que se yuxtapongan distintas fases. En la Memoria anual de 1986 sugiere que se restablezca la adecuada secuencia antes descrita en la medida en que: a) sólo una vez aprobada la modificación del proyecto cabe evaluar y fijar su trascendencia respecto del contrato; b) la valoración del interés público puede resultar distorsionado si se estudia su impacto en el propio contrato; c) la dificultad de pronunciarse sobre la relación contractual sin conocer el resultado de la modificación del proyecto¹⁵⁴².

Asimismo, en los contratos de obra es necesario recabar informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos. El artículo 125 TRCLSP establece que antes de la aprobación de un proyecto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deben solicitar informe de la oficina o unidad de supervisión de proyectos. Éstas

¹⁵⁴² Memoria del Consejo de Estado del año 1986, p. 106.

comprobaran que se han tenido en cuenta las disposiciones de carácter legal y las de carácter técnico. En obras de menor valor el informe será facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, la seguridad o estanqueidad de la obra¹⁵⁴³. También en el caso del contrato de obras habrá que recabar informe del Director facultativo y del responsable del contrato.

En segundo lugar, en los contratos de obra se prevé un **procedimiento especial para pequeñas variaciones en la medición (art. 234.3 TRLCSP)**. Se trata de una previsión que se contenía en la cláusula 62 de los Pliegos Generales de 1970 de “Modificaciones no autorizadas”, pero que en virtud del RGLCAP pasó a tener cobertura reglamentaria. Así, el artículo 160 del RGLCAP, “Variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas”, ya recogía el régimen de estos “adicionales”¹⁵⁴⁴. Adicionales que “la Ley considera que son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna”¹⁵⁴⁵.

Alcanzaron rango legal a través del artículo 217 LCSP. Hoy se recoge en el artículo 234.3 TRLCSP, que establece que cuando se produzca una alteración entre unidades realmente ejecutadas y unidades previstas en el proyecto que no suponga un incremento del gasto mayor al 10%, entonces se podrán introducir sin necesidad de previa aprobación del órgano de contratación¹⁵⁴⁶:

234. 3 TRLCSP. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.

¹⁵⁴³ En el ámbito estatal, las funciones de supervisión de proyectos dentro de cada Ministerio serán establecidas mediante Orden Ministerial. En el ámbito local ver Informe JCCA 20/01, de 3 de julio de 2001. "Oficinas de supervisión de proyectos en Entidades locales".

¹⁵⁴⁴ Informe 43/08 de la JCCA .

¹⁵⁴⁵ Informe 43/2008 de la JCCA.

¹⁵⁴⁶ Es importante notar que el 10% se refiere al precio y no al número de unidades.

Las variaciones se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales, abonándose en las certificaciones mensuales o en la liquidación final. Es interesante notar que el precepto obliga a tener en cuenta estas variaciones si fuese necesario introducir modificaciones futuras en el proyecto.

Esto no quiere decir que no exista procedimiento administrativo alguno o que no sea necesario dejar constancia. Todo lo contrario. El Director facultativo debe documentar con mayor celo si caben las circunstancias que le llevan a adoptar estas variaciones. Además, deben observarse tanto el límite cuantitativo (10%), como cualitativo (unidades previstas en el proyecto). Como señala VÁZQUEZ MATILLA, también en estos casos debe exigirse motivación al respecto de las causas que lo generan, ya que “sin perjuicio de que sea legalmente posible la continuación del contrato en estos casos, es preciso valorar si existió o no imprevisión y depurar las responsabilidades oportunas”¹⁵⁴⁷

A la hora de calcular ese porcentaje del 10% hay dos posturas posibles. Por un lado, aquélla que defiende que debe tenerse en cuenta las “variaciones” y, por tanto, valorar conjuntamente excesos y defectos de medición¹⁵⁴⁸. Por otro, la que realiza una interpretación estricta que considera que no debe estarse al resultado neto de la diferencia entre excesos y defectos, sino a la suma de la diferencia de ambas.

Lo interesante de este precepto es conocer de qué manera interactúa con el régimen general y, en particular, con el límite del 10% establecido en él. Pues bien, según algunas resoluciones recientes de distintas Juntas Consultivas, el 10% de las variaciones no se acumula al 10% de variación que se recoge en el artículo 107 TRLCSP¹⁵⁴⁹, siendo límites que responden a fines distintos. Es decir, que para considerar alteradas las condiciones esenciales de licitación el límite sería el 10% de las modificaciones más el 10% de los excesos de medición. Así, la Junta Consultiva de Aragón (Informe 23/11) llega a esa conclusión al considerar que la regulación de las variaciones de medición no ha sufrido

¹⁵⁴⁷ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 217.

¹⁵⁴⁸ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 9/2011, de 6 de abril de 2011 ; también el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 16/2006, de 30 de octubre: “variaciones” supone poder compensar excesos y defectos.

¹⁵⁴⁹ Informe 23/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 12 de septiembre; Informe 4/2011 JCCA de Canarias.

cambio alguno con la entrada en la LES, la cual al enunciar los límites de la modificación lo hace refiriéndose a lo que se entiende por “alteración sustancial” sin que pueda extrapolarse dichos límites a otros supuestos. Literalmente afirma que:

“El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 quarter LCSP, ya que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente —como señala el precepto— «a los efectos de lo previsto en el apartado anterior», sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el artículo 217.3 LCSP, que tiene una finalidad propia”.

A favor de esta postura puede señalarse que la nueva regulación LES, y en particular los límites del 107, se refieren a modificaciones contractuales y que, en este caso, técnicamente no se produce la modificación del contrato. Es decir, que el debate quedaría centrado en si el aumento del coste total a través de las liquidaciones – sin modificación contractual- es o no una modificación contractual de facto. El reciente Informe 27/2012 JCCA señala que “su razón de ser radica en que el contrato de obras es un contrato de resultado sobre la base de un proyecto inicial, sobre el cual el legislador, para facilitar su ejecución, admite la posibilidad de que se produzca un margen de desviación en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial, sin considerarlo modificación contractual propiamente dicha, por lo que se pueden ejecutar sin la previa autorización del órgano de contratación”¹⁵⁵⁰. Y añade que “En definitiva, se trata de un supuesto específico dotado de una regulación legal expresa para facilitar la ejecución de los contratos de obras, al margen del régimen general de los modificados de los contratos no previstos en la documentación que rige la licitación, regulados en el artículo 107.1 del TRLCSP”.

Ahora bien, independientemente de si lo consideramos como una modificación contractual habrá que preguntarse si el precepto es una habilitación legal expresa que debe considerarse

¹⁵⁵⁰ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 27/2012, de 14 de diciembre de 2012. Esta resolución cita otras anteriores. Desde esta perspectiva la Junta Consultiva, en su informe 16/06, de 30 de octubre de 2006, señala como conclusión que “la utilización del término “variaciones” en el ya citado artículo 160, implica la posibilidad de compensar excesos en la ejecución de determinadas unidades de obra con defectos en la ejecución de otro tipo de unidades de obra sobre las realmente previstas, siendo el “exceso” o “defecto” de medición final aquel sobre el que se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato.”

de manera independiente a la del artículo 107. Es decir, que se podría argumentar que si la TRLCSP hubiese querido otorgarle un régimen especial así lo hubiese establecido, tal y como hace con la cesión, la revisión de precios, la prórroga o los complementarios (artículo 105 TRLCSP). Por tanto, este 10% debe pasar también por las nuevas estrictas reglas sobre modificación¹⁵⁵¹.

Con independencia de todo ello, la práctica del incremento en las mediciones es excesivamente habitual en los contratos de obras. Además de la laxa regulación sustantiva, también es causa de ello la regulación presupuestaria. En el art. 47.2 LGP se establece que en los contratos de obras de carácter plurianual se debe realizar una retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación en el momento en que esta se realice. Retención que se aplicará en el ejercicio de terminación de la obra y contra la certificación final

En tercer lugar, para el caso del contrato de obras se prevé un **procedimiento especial para evitar la suspensión del contrato (art. 233.4 TRLCSP)**. Si la tramitación del modificado exige la suspensión parcial o total de la ejecución, y ello supone un grave perjuicio al interés general, entonces podrá ser levantada provisionalmente por persona competente para ello, v.g Ministro en caso de AGE. Para ello deben cumplirse varios requisitos en la tramitación del expediente:

- i) La continuación de las obras debe ser conforme a la propuesta técnica que debe elaborar la Dirección facultativa;
- ii) Debe darse audiencia al contratista;
- iii) El órgano de contratación debe dar el consentimiento al levantamiento de la suspensión;
- iv) Debe haber certificado de existencia de crédito para financiar los trabajos en el periodo de levantamiento de suspensión (o continuación provisional).

Por tanto, son dos las fases que deben seguirse. Primero, obtener la autorización que evite la suspensión sobre la base de un proyecto elaborado por la Dirección facultativa. Segundo, aprobar el expediente de modificado¹⁵⁵². A la hora de elaborar el proyecto técnico para los trabajos provisionales, el Director facultativo debe guiarse por las instrucciones que recoge el propio artículo: se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

¹⁵⁵¹ El Anteproyecto de nueva Ley de 2015 expresamente así lo considera.

¹⁵⁵² Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 49/01, de 30 de enero de 2002.

Esta modificación, que no requiere seguir el procedimiento común de aprobación del gasto antes de comenzar a ejecutar el modificado –la autorización de continuación provisional del Ministro implica tal aprobación-, tiene límites cuantitativos y temporales. Por un lado, no puede superar el 10% del precio original del contrato¹⁵⁵³. Por otro, en el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado. Así pues, no se trata de un modificado sin procedimiento, sino de postergar los trámites más lentos a un momento posterior. Superados estos límites, el levantamiento de la suspensión perderá su eficacia y los trabajos deberán suspenderse para proceder a modificar el contrato siguiendo el procedimiento del art. 234.3 TRLCSP.

Un ejemplo litigioso –y habitual- de este procedimiento especial es el que recoge la SAN de 16 de abril de 2014 (Ar.137862)¹⁵⁵⁴. En dicho asunto, dado que la modificación llevaría su tiempo se acude al procedimiento especial que permite que se inicie el modificado a expensas de su aprobación. Sin embargo, trece meses después, en el momento de aprobar ese modificado surgen discrepancias sobre lo que se ha ejecutado. Sencillamente lo que se dilucida es si la Administración está vinculada a la propuesta de modificado inicialmente prevista o si puede alterar ésta cuando vaya a aprobar la modificación. Como este procedimiento permite ir ejecutando la modificación, la cuestión no es sencilla. La Sentencia de instancia “de las pretensiones de la UTE rechaza que lo que era en su momento la Primera Propuesta de Modificado, que fue objeto de la autorización ministerial antes expuesta, tenga que aprobarse como modificado, pero estima que se le abonen las unidades realmente ejecutadas según precios y medidas que fijarán en ejecución de sentencia con arreglo a criterios antes expuestos. Y en favor del INGESA, como demandada, confirma el modificado pero obliga a lo antes expuesto”. En apelación la Sala considera que,

Apelando al efecto novatorio que conlleva toda modificación del contrato -es siempre uno, bien el originario, bien el modificado- no cabe exigir que la Primera Propuesta de Modificado se apruebe como modificado final. Hay que entender que la Administración ha ejercido su ius variandi, primero al acordar el inicio del proyecto de modificado y luego al rectificar su alcance, reduciéndolo y no incluyendo tres unidades que, sin embargo, se discute su efectiva ejecución. Que esto sea así -y sea admisible- no significa que el cambio de criterio del INGESA tenga que perjudicar al contratista, máxime si ha anticipado la ejecución de unidades de lo que se esperaba iba a ser el modificado final. Es aquí donde es razonable su invocación a la buena fe, a la proscripción del enriquecimiento injusto y, como planteamiento, lo resuelto por la

¹⁵⁵³ Con anterioridad el importe era del 20% (así el art. 146.4 LCAP).

¹⁵⁵⁴ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 16/04/2014 (Ar. 137862; MP: José Luis Requero Ibáñez).

Sentencia para mantener el equilibrio contractual.

No hay que confundir el derecho del contratista a la salvaguarda de ese equilibrio económico contractual - del que nace el derecho al abono de lo realmente ejecutado- con el derecho que invoca a que si el INGESA quiere seguir con el contrato debe ser ejecutando el proyecto modificado. Había una expectativa de cuál iba a ser el alcance del modificado, que al no cumplirse pero anticiparse unidades, dará lugar al derecho a que mantenga el equilibrio contractual. En sede administrativa tal equilibrio se satisfizo en parte con el abono de las certificaciones 22 a 28 y para lo pendiente con lo acordado tras el informe de la Asesoría Jurídica de 18 de agosto de 2012, si bien la Sentencia apelada añade el reconociendo de su derecho a la medición y abono de lo restante efectivamente ejecutado y pendiente con arreglo a los criterios antes expuestos (cf. Fundamento de Derecho Séptimo.9º) que difiere a la ejecutoria.

Asimismo, un problema que puede surgir en estos casos es que se ponga en marcha este procedimiento especial y se apruebe el proyecto técnico y la ejecución provisional (primera fase), pero luego no se produzca la aprobación de la modificación (segunda fase). Es precisamente eso lo que ocurre en el contrato de obras que aborda la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015 (Ar. 3924)¹⁵⁵⁵. En ese caso la Intervención planteo reparo y el modificado no llegó a aprobarse, pero las obras sí se ejecutaron en su totalidad.

Antes de terminar hay que hacer referencia al procedimiento especial recogido en el art. 50 del Pliego de cláusulas administrativas generales (Decreto 1854/1970, de 31 diciembre). En dicho precepto se recoge la posibilidad de que el contratista proponga mejoras y la Dirección facultativa las acepte. Se refiere a sustituciones de unas unidades de obra por otras mejores y que no supongan mayor coste (el contratista no tiene derecho a abono alguno más allá de lo acordado inicialmente).

6.5.3. Los vicios procedimentales. El reformado anticipado y otras prácticas.

Una de las cuestiones más importantes a la hora de modificar un contrato es la de observar el procedimiento legalmente establecido. No sólo porque es una garantía para el contratista, sino porque es el cauce a través del cual la decisión administrativa tiene más posibilidades de satisfacer los intereses generales protegidos por el ordenamiento.

No es raro, sin embargo, que la modificación del contrato se lleva a cabo sin observar

¹⁵⁵⁵ STS, Sala Tercera, 13/07/2015 (Ar.3924; MP: José Díaz Delgado).

escrupulosamente los trámites. Por ejemplo, en el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, se observan varios casos en los que el contratista acaba facturando al órgano de contratación una cuantía mucho mayor a la acordada inicialmente, sin que se haya llevado a cabo el correspondiente expediente de modificación¹⁵⁵⁶.

Esta inobservancia tendrá distintas consecuencias según se trata de vicios de nulidad o de anulabilidad. La distinción entre nulidad y anulabilidad en este ámbito no es fácil. Coincidimos con MARTIN REBOLLO en que “a pesar de que en el ámbito del Derecho Administrativo la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción, en materia de contratos es más fácil que la nulidad se convierta en regla y la anulabilidad en excepción”, al poder considerar la omisión de muchos elementos como vicios esenciales¹⁵⁵⁷. El Tribunal Supremo reserva la nulidad de pleno derecho los casos en que se produce la ausencia total de procedimiento o de alguno de sus trámites esenciales, esencialidad que equipara a la ausencia del propio procedimiento¹⁵⁵⁸.

Veamos algunos ejemplos que nos sirven para concluir que en la práctica la inobservancia de los trámites no tiene una repercusión real, al menos en la mayoría de los casos.

Los vicios procedimentales puede dan lugar a la nulidad o anulabilidad – en función del trámite omitido. Si el modificado se ha llevado a cabo sin procedimiento alguno, entonces queda claro que estaremos ante la nulidad de pleno derecho (art. 62.1.e)¹⁵⁵⁹. Sin embargo no siempre se trata de casos tan claros. En muchos otros lo que falta es uno de los trámites. Habrá que estar entonces a las reglas generales al respecto. Por ejemplo, la carencia o insuficiencia de crédito es causa de nulidad plena (art. 32 TRLCSP) mientras que la omisión del trámite de fiscalización previa es de mera anulabilidad. Más dudas despierta la ausencia de Dictamen del Consejo de Estado en el momento de la aprobación del modificado, tal y como hemos visto al estudiar dicho trámite y como seguiremos viendo enseguida al estudiar el reformado anticipado.

¹⁵⁵⁶ Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la contratación del sector público de 2012.

¹⁵⁵⁷ L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit., p. 611.

¹⁵⁵⁸ STS 07/12/2012, rec. 1966/2011.

¹⁵⁵⁹ STSJ Cataluña, Sala Contencioso-Administrativo, 20/10/2008 (EDJ.292130; MP:José Manuel de Soler Bigas).

Dentro de los casos de omisión del procedimiento legalmente establecido está el de la **modificación verbal**. En este sentido parece existir confusión con la posibilidad de instrucciones verbales –que en todo caso deberán quedar reflejadas en el Libro de Órdenes– y la modificación. El siguiente pronunciamiento judicial, del Tribunal de Justicia de Extremadura, es muy claro al respecto:

“Respecto de las reclamaciones formuladas sobre la base de órdenes verbales, debe tenerse presente, en primer lugar, que la recurrente conocía que el medio a través del cual debían de sustanciarse las diferencias de criterio, o aumento de obra respecto del proyecto o la ejecución eran por escrito, en ese sentido los arts. 145 de la LCAP de 1985 y 143 del Texto Refundido de 2000, ya que tales modificaciones deben de llevarse a cabo, a través de un expediente contradictorio, con aprobación del órgano de contratación.

Al amparo de este apartado es del que se lleva a cabo la recurrente, la reclamación del mayor número de partidas, que tienen una importancia o trascendencia menor, y que algunas de ellas suponen una disminución de costes de la contratista.

Son razones de seguridad jurídica, las que determinan que la cuestión que nos ocupa (aumentos de obra o modificaciones del proyecto) se verifique por escrito, extremo conocido por la recurrente, ya que algunas órdenes así se cursaron y se resolvieron.”¹⁵⁶⁰

El único caso en que una modificación podría llevarse a cabo de manera verbal sería la aplicación analógica de los preceptos que regulan la adjudicación del contrato a través del procedimiento de emergencia regulado en el artículo 113 TRLCSP. En todos los demás casos, la modificación del contrato debe realizarse de forma escrita. Y es que, no podemos perder de vista que la contratación administrativa es en esencia una contratación de corte formalista. Dichas formalidades persiguen la necesidad de proteger el interés público. Ello debe empujar a que la aplicación del enriquecimiento injusto, cuando provenga de situaciones en las que se ha renunciado a las formalidades de la contratación, sea algo excepcional. Todo lo que no sea así estará atentando contra los intereses que la formalidad en la contratación pretende proteger. Para ello, primero es necesario superar la doctrina antiformalista de la jurisprudencia al menos en este ámbito, que parece menospreciar la forma en la medida en que “por muy importante que sea, no constituye en sí misma un fin, sino que es un instrumento de control de la actividad administrativa (...)”¹⁵⁶¹.

Dentro de éstas destaca la figura de la modificación que se ejecuta antes de haberse aprobado el acuerdo de modificación. Es el llamado “**reformado anticipado**”, del que, se dice, no es

¹⁵⁶⁰ STSJ de Extremadura, sec. 1ª, 27/05/2005 (EDJ.105568; MP:Mercenario Villalba Lava).

¹⁵⁶¹ STS 20 de diciembre de 1995, (ar. 8989).

una excepción sino la regla general en la práctica administrativa¹⁵⁶². La consecuencia más habitual en este tipo de modificados es que el contratista reciba la compensación oportuna en fase de liquidación, y que la Administración se vea obligada a satisfacerla para evitar el enriquecimiento injusto en la medida en que ha ordenado o consentido la ejecución de los trabajos. Veremos en profundidad esta consecuencia en el apartado en que estudiamos en enriquecimiento injusto.

El Dictamen 4350/1997 del Consejo de Estado resume bien la situación en este tipo de prácticas:

“(…) Las obras cuya modificación se tramita se estaban ejecutando, como se infiere de los informes del Inspector General, de fechas 25 de abril de 1995 y 31 de enero de 1996, obrantes en el expediente, siendo muy presumible que a la fecha de hoy puedan encontrarse totalmente ejecutadas o, cuando menos, en un avanzado estado de ejecución.

Debe señalarse a este respecto, que la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente instituido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeto a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de "reformado anticipado", por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

En este sentido, a tenor de sendos informes de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado "a posteriori" para "convalidar", sin duda, la situación creada y consumada "de facto" con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la

¹⁵⁶² J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 224.

retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función garantista y conforme a los razonamientos que anteceden, no puede aceptar la conveniencia de aprobar la modificación pretendida. Ello no obstante, este Cuerpo Consultivo no es ajeno a las dificultades que entraña el estado de circunstancias a que se ha llegado, debido al reprochable actuar administrativo, y entiende, a la vista de que las obras pudieran encontrarse totalmente concluidas o en un avanzado estado de ejecución, que la Administración contratante deberá acordar la recepción y liquidación provisional de las obras ejecutadas y que fueran de recibo. Y sólo en el caso de que las obras no se hubieren consumado en su plenitud y existiere un remanente pendiente de ejecución, la Administración deberá adjudicar un nuevo contrato en los términos expuestos con anterioridad, siendo posible servirse, para su adjudicación, del procedimiento negociado sin publicidad (artículo 141 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), o incluso acordar, en su caso, la ejecución directa de las obras por la propia Administración (artículo 153).¹⁵⁶³

Lo que parece claro es que si estos modificados se han generalizado es porque no se han ponen en marcha los mecanismos de reacción y punición que servirían para corregir malas prácticas. Como dice VÁZQUEZ MATILLA considera que “...debiera conllevar inevitablemente la apertura de un expediente disciplinario y por responsabilidad contable a los funcionarios” y “sanciones cuando quién consiente o fomenta los modificados es la dirección de obra”¹⁵⁶⁴.

En todo caso hay que remarcar que los vicios procedimentales suceden por una relajación en el diligente actuar de los órganos que deben informar un modificado. Así, los órganos de control se muestran poco exigentes al respecto. Por ejemplo, en un Informe de Intervención de la Comunidad de Madrid se dice que las unidades de obra ejecutadas deben incluirse en la modificación y no en la certificación final ya que de otra manera la opinión a la hora de fiscalizar el expediente de modificación contractual quedaría afectada. Sin embargo, cuando las unidades incluidas en la certificación final no impacten en la toma en consideración del modificado, sólo entonces, debe permitirse que se incluyan ahí y no en el modificado. De otra manera se colisionaría con la celeridad y agilidad que se requiere al introducir una modificación¹⁵⁶⁵.

O cuando falta el Informe del Ministerio de Economía y Hacienda previsto en el artículo

¹⁵⁶³ Dictamen del Consejo de Estado, 4350/1997, de 6 de noviembre 1997.

¹⁵⁶⁴ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 224.

¹⁵⁶⁵ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de 26 de febrero de 2010, relativo a la certificación final del contrato de obras, que afirma que no deben introducirse reparos de legalidad a las certificaciones finales que incorporen unidades no incluidas en los modificados.

24.1 de la Ley 8/1972 de 10 de mayo y el Tribunal Supremo considera que aunque no hay informe sí que hay una serie de actuaciones en virtud de las cuales “debe tenerse por cumplida o alcanzada la finalidad sustantiva que corresponde al informe del Ministerio de Hacienda”¹⁵⁶⁶, en este caso porque la nueva propuesta fue realizada tras reuniones de Fomento y Hacienda, e incluso “tampoco formalmente es de advertir irregularidad que pueda ser considerada relevante, ya que el titular del Ministerio, presente en la reunión del Consejo de Ministros, conoció el Informe del Subsecretario y tuvo ocasión de pronunciarse sobre él en esa misma reunión”.

6.6. Consecuencias de la modificación

El penúltimo escalón para completar el estudio del régimen jurídico español de la modificación implica estudiar sus efectos. Dejamos al margen las reflexiones que ya trazamos al estudiar el impacto de la modificación – reflexiones elaboradas en torno al impacto de la modificación en distintas cuestiones y que sirvieron a la vez como justificación para llevar a cabo esta investigación. Ahora es momento de centrarnos en los efectos de la modificación para la relación contractual.

6.6.1. Consecuencias jurídicas sobre el contrato inicial.

Cuando se lleva a cabo la modificación del contrato siguiendo los trámites procedimentales establecidos el resultado será la firma de otro acuerdo que modifica al acuerdo original (excluimos ahora aquellas modificaciones tácitas o irregulares). Surge entonces la pregunta de cuál será el régimen jurídico del contrato modificado.

La respuesta que da el Derecho civil a este interrogante se estructura en torno a la figura de la novación y depende de la fuerza que se otorgue a ésta: fuerza modificativa o fuerza extintiva. Pero, como ya estudiamos, aunque la novación tiene un origen extintivo lo cierto es que se ha ido imponiendo la novación como mecanismo modificativo en virtud del principio de conservación del contrato. Ello implica que todo aquello cuya extinción no se declare expresamente seguirá vigente¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁶ STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén): “realizar una intervención que ofrezca al Gobierno los elementos de conocimiento correspondientes a las materias del ámbito competencial de dicho Departamento en aras de facilitar el acierto de la decisión final” – tras objeciones del Ministerio de Hacienda, la nueva propuesta fue realizada en base a reuniones de Fomento y de Hacienda.

¹⁵⁶⁷ J. BRODEC; V. JANECEK, “How does the substantial modification of a public contract affect its legal

Estas ideas rigen con más fuerza si cabe en el Derecho público donde ya vimos que el principio de conservación del contrato coexiste con el principio de continuidad de los servicios públicos. El interés público que subyace tras todo contrato público aconseja que la novación de un contrato público no tenga carácter extintivo. Puede ocurrir que si la modificación es sustancial el ordenamiento le otorgue la naturaleza de novación extintiva.

La consecuencia de que la novación del contrato público tenga carácter modificativo y no extintivo es que todos aquellos elementos que no hayan sido expresamente desplazados seguirán vigentes. Por tanto, la redacción del modificado debe ser lo suficientemente cuidadosa como para extinguir expresamente aquello que las partes consideren. Todo aquello sobre lo que no se pronuncie debe ser completado con las previsiones del contrato original. Un ejemplo que sirve para ilustrar este punto es el de los precios unitarios, que salvo acuerdo expreso seguirán siendo los del contrato original, aplicada en su caso la revisión de precios.

Además, entre los efectos jurídicos que puede tener la modificación del contrato sobre el contrato inicial está el de la resolución del contrato inicial, cuando la modificación planteada sea sustancial. Dado que en ese caso surge la necesidad de tutela del contratista, se analizará esa posibilidad al estudiar los mecanismos de tutela.

6.6.2. Consecuencias materiales: la ejecución de los trabajos, el reajuste de los plazos y del programa de trabajo

Además de los efectos puramente jurídicos de la modificación, la modificación del contrato tiene efectos materiales sobre la ejecución de los trabajos ya que suele implicar cambios en los plazos y en el programa de trabajo.

La ejecución de los nuevos trabajos puede resultar en una mayor carga de trabajo para el contratista. Cuando la modificación de los contratos supone un aumento de las prestaciones el propio acuerdo de modificación debería incorporar el reajuste de los plazos. Si nada dicen no debería entenderse extendido dicho plazo en la medida en que el modificado bebe del

regime?”, cit. se plantean si una modificación sustancial –en los casos que puede llevarse a cabo- conlleva una novación extintiva del contrato original, algunos puntos acordados inicialmente deberían constar expresamente en el nuevo contrato.

régimen jurídico del contrato inicial en todo lo que no modifica expresamente.

Desde un punto de vista práctico, cuando las partes están de acuerdo no se presenta mayor problema. La cuestión del reajuste del plazo cobra importancia en sede contenciosa cuando nada se dice en el acuerdo de modificación. En esos casos, cuando se trata de contratos de obra, la jurisprudencia ha entendido que la modificación del contrato cuando conlleva un aumento en las prestaciones implica un aumento del plazo. Se apoya para ello en la propia norma de contratación que ya desde muy temprano entendió que debe mantenerse el principio de proporcionalidad. En el artículo 149 RGCE 1967 se establecía que “Cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más o en menos en el presupuesto de las obras, será reajustado su plazo de ejecución, sin que pueda ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el presupuesto”.

Así lo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 2004 en la que la Sala considera no ajustada a derecho la resolución de un contrato por incumplimiento del plazo inicial ya que al haberse producido una modificación del contrato debe entenderse aplicable el artículo 149 RGCE 1975 que impone el reajuste del plazo de ejecución¹⁵⁶⁸.

Lo mismo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando interpreta el artículo 162 RGLCAP¹⁵⁶⁹. Dicho precepto establece dos casos diferenciados y aplicables al contrato de obras según si existen o no nuevas unidades de obra.

Artículo 162 Reajuste del plazo de ejecución por modificaciones

1. Cuando sin introducir nuevas unidades de obra las modificaciones del proyecto provoquen variación en el importe del contrato e impliquen la necesidad de reajustar el plazo de ejecución de la obra, éste no podrá ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el citado importe. El plazo se concretará en meses redondeándose al alza el número de días sobrantes que resulte.

2. Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 80/2015, a la hora de considerar si la modificación supone ampliación del plazo de ejecución, se fija en la complejidad de los trabajos

¹⁵⁶⁸ STS, Sala Tercera, 09/02/2004 (EDJ 2004/4018; MP: Manuel Goded Miranda).

¹⁵⁶⁹ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 74/2009, de 23 de julio de 2010.

introducidos. Así, entiende que “la inclusión en la obra de partidas no contempladas en el presupuesto, por un importe que no excede del 6,75 por 100 del precio del contrato, no justifica el incumplimiento del plazo de ejecución por parte de la contratista. Y mucho menos su abandono de las obras. Ninguna de esas partidas parece que por su dificultad o complejidad exigieran un aumento de plazo, o al menos no ha sido alegado así por la contratista, que solo argumenta sobre la base del volumen de nueva obra”. Y ello da pie a la resolución del contrato por demora de la empresa contratista¹⁵⁷⁰.

En paralelo al reajuste del plazo, aunque también puede operar al margen de éste, se debe plantear el reajuste del programa de trabajo en caso de que fuese necesario adaptarlo a las nuevas circunstancias derivadas de la modificación del proyecto o las especificaciones técnicas.

6.6.3. Consecuencias de contenido económico. Reajuste de anualidades y de la garantía.

Si en el apartado anterior hablamos del reajuste del plazo y del programa de trabajo, ahora haremos lo propio con algunos aspectos de contenido económico. El primero de ellos es el reajuste de anualidades. Es obvio que si la modificación del contrato da lugar al reajuste del plan de trabajo, ello vaya acompañado del reajuste de las anualidades que deben satisfacerse al contratista. Varía su desempeño, variará, pues, el ritmo al que se satisfaga la contraprestación.

El artículo 152 RGCE 1967 establecía que si debido al retraso en comienzo de las obras, paralizaciones, prórrogas, modificaciones o cualquier causa justificada, se produjese un desajuste entre las anualidades establecidas y las necesidades reales, la Administración procederá al reajuste de las anualidades si los remanentes de crédito lo permiten. Para ello, será necesaria la conformidad del contratista. Cualquier reajuste, dice el precepto, “exige la revisión del programa de trabajo”.

En el artículo 96 del RGCAP 2001 (hoy vigente) esta redacción se mantiene en lo elemental si bien introduce varios aspectos interesantes. Primero, sustituye las “paralizaciones” del trabajo por “suspensiones autorizadas” como causa que justifica el reajuste. Segundo, precisa que el “órgano de contratación” es el competente para llevar a cabo el reajuste de

¹⁵⁷⁰ Dictamen del Consejo de Estado, 80/2015, de 18 de marzo de 2015.

anualidades. Tercero, permite que se reajusten las anualidades sin la conformidad del contratista cuando concurren razones excepcionales de interés público que determinen la suficiencia del trámite de audiencia y el informe de la Intervención. Además, mantiene la previsión de que los trabajos se adapten al nuevo ritmo de las anualidades –puede ocurrir perfectamente lo contrario, que el reajuste de anualidades se derive de un reajuste del programa de trabajo.

Respecto al reajuste de la garantía, el vigente artículo 99.3 TRLCSP no varía sustancialmente respecto a la redacción establecida en el artículo 117 LCE y artículo 43 LCAP. Así, se establece que “cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación”¹⁵⁷¹.

Ahora bien, el efecto económico de mayor importancia que trae consigo la modificación del contrato es la necesidad de compensar, e indemnizar en su caso, ante la nueva situación que se plantea. Será ese el objeto de la sección siguiente.

6.6.4. Compensación e indemnización del contratista

Dentro de los efectos de contenido económico de la modificación del contrato adquiere una importancia especial, tanto práctica como dogmática, el derecho a la compensación y a la indemnización de que goza el contratista ya se trate de contrato administrativo o de un contrato privado del sector público¹⁵⁷². El objetivo de ambas figuras es que de manera complementaria se logre que el contratista no sufra consecuencias negativas ante la modificación del contrato. Abordamos ahora un área sensible del régimen de los modificados, tanto que la jurisprudencia existente sobre modificación de contratos se ciñe casi en exclusiva a dirimir estas cuestiones¹⁵⁷³.

Estos dos conceptos – compensación e indemnización- deben ser tratados de manera

¹⁵⁷¹ El artículo continúa señalando que a efectos del reajuste de garantía no se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una revisión del mismo conforme a lo señalado en el Capítulo II del Título III de este Libro. Ver ejemplo de reajuste de garantía en STS 14 mayo 1991.

¹⁵⁷² STS 17 febrero 2010; rec. 2253/2005.

¹⁵⁷³ Ver SSTs 28 julio 1987, ar. 7689; STS 23 junio 1989, ar. 4472 ; STS 30 dic 1983, ar. 6843 ; 12 abril 1981, ar. 1841 ; 20 mayo de 1985, ar. 3561; 8 febrero 1994, ar. 1442; STS 2 abril de 1996, ar. 2937.

diferente. Siguiendo a ARIÑO, mientras la compensación se refiere al equivalente que debe satisfacerse por una prestación, la indemnización se refiere a la responsabilidad por daños¹⁵⁷⁴. Así, la potestad de modificación unilateral dará lugar a la compensación cuando introduzca nuevas prestaciones, pero no tiene por qué dar lugar a la indemnización. Ésta sólo surge cuando se haya generado un perjuicio que el contratista no tenía el deber de soportar. Por tanto, la indemnización de daños y perjuicios, tiene por objeto precisamente daños y perjuicios nacidos en el seno de la relación contractual. Esta indemnización, que se mueve en la órbita del interés contractual positivo, no es más que la obligación de que el acreedor se encuentre en la misma situación que se hubiese encontrado de haberse ejecutado el contrato conforme a lo establecido.

Y aunque la regla general sea la de la indemnización total, lo cierto es que la ley lleva a cabo algunas exclusiones. Por ejemplo, en el caso de reducción o supresión de prestaciones, donde en ocasiones se negaba toda compensación¹⁵⁷⁵.

Un ejemplo claro que sirve para distinguir ambas figuras es la de la liquidación de las obras derivadas de un modificado cuya redacción requirió la suspensión de la obra principal. El contratista tendrá derecho no sólo a los trabajos realizados para cumplir con la modificación del contrato (compensación), sino también a los costes incurridos derivados de suspender la obra principal (indemnización). Como señala HORGUÉ BAENA la reparación económica en caso de modificación no responde a una naturaleza indemnizatoria – sí lo es en caso de ser necesaria la suspensión¹⁵⁷⁶.

Las consecuencias jurídicas de esta distinción son importantes en varios aspectos que se estudian a continuación.

¹⁵⁷⁴ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit.

¹⁵⁷⁵ Algo contra lo que la doctrina protesta. Por ejemplo, *Ibid.* p. 248 ; El Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955 reconoce el lucro cesante para el rescate y la supresión del servicio en las concesiones (art. 79 y 80). Más tarde, la Ley de Contratos de 1965 reconoce el lucro cesante para la suspensión (art. 53.3), si bien se mantiene la negación de lucro cesante para reducción de obras (art. 50 LCE). A su vez, el Pliego de 1903 considera que la reducción y la suspensión no deben compensarse el lucro cesante (art. 46 y 56).

¹⁵⁷⁶ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 37.

6.6.4.1. *Plazo, alcance, valoración y medios de la compensación y la indemnización*

En relación al **plazo**, debe tenerse en cuenta que ambas figuras nacen en el seno del contrato y no deben entenderse como responsabilidad patrimonial de la Administración, de corte extracontractual¹⁵⁷⁷. Por tanto, los plazos de ésta no son aplicables.

Compensación e indemnización se ejercitan a través de una acción de reclamación de cantidad, que se configura como una reclamación de responsabilidad contractual. No se trata pues de una acción de responsabilidad patrimonial ni de un recurso administrativo. En ese sentido, por ejemplo, el TACP de Aragón en su Acuerdo 3/2013 señala que el recurso especial por modificación del contrato podría ser utilizado por los no adjudicatarios, pero nunca por el contratista ya que éste goza de sus propios mecanismos de resolución de controversias en fase de ejecución¹⁵⁷⁸.

Como dice el Consejo de Estado, “la acción de indemnización de daños y perjuicios deducida por la empresa reclamante, fundada en un contrato administrativo de obras, no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene claramente de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista y al solicitarse en ella una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato de obra, por lo que tal pretensión ha de encuadrarse genéricamente en la denominada responsabilidad contractual”¹⁵⁷⁹.

Incluso en el caso en que los trabajos llevados a cabo no estén incluidos en el acuerdo de modificación, sin ser una obligación contractual sí que es una obligación legal –abonar los trabajos realmente ejecutados-, por lo que su régimen debe ser asimilado a la responsabilidad

¹⁵⁷⁷ Sí lo es, por ejemplo, la reclamación por la existencia de *factum principis* que no altere el equilibrio de la concesión. Es el caso de una modificación de los carteles de carretera en una concesión de autopista, donde el concesionario alega que esos nuevos carteles alejan el tráfico: “La consecuencia es que la pretensión ejercitada en el presente recurso no puede considerarse como modificación del contrato que ha roto el equilibrio económico de la concesión a efectos de la reclamación incorporada a la demanda sino que se generado un perjuicio que, en todo caso, pudiera dar lugar al ejercicio por parte de la actora de otro tipo de acción de reclamación de perjuicios no por la ruptura del equilibrio de la concesión a consecuencia de una modificación del contrato sino a consecuencia de una actuación concreta de la Administración.” STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, 28/04/2014 (Ar.646; MP:Eva Isabel Gallardo Martín de Blas).

¹⁵⁷⁸ Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, 03/2013, de 16 de enero de 2013.

¹⁵⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado, 662/2004, de 15 de abril de 2004; En ese sentido se había pronunciado ya en el Dictamen 288/2000, de 13 de abril y en Dictamen 295/2004, de 25 de marzo.

contractual, y no a la extracontractual. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de diciembre de 1999¹⁵⁸⁰:

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones el parentesco existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, a la cual hay que referir la obligación impuesta a las Administraciones públicas de indemnizar los daños y perjuicios causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, esta aproximación, que resulta útil para el tratamiento procesal de las pretensiones indemnizatorias cuando el reclamante acumula unas y otras o no califica adecuadamente la ejercitada, o entrambas se hallan en estrecha relación, no impide que deba aquilatarse el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad cuando concurren diferencias sustanciales, como es, en el supuesto estudiado, la existencia de un distinto plazo de prescripción.

No cabe extender, como pretende la Junta de Andalucía, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración a todo supuesto que no sea encuadrable en el régimen de los contratos. En algunas sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral (v. gr., en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas por la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente, al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley.

Estas obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículo 1090 del Código Civil). Este mandato lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos.

Así pues, tanto compensación como indemnización de daños y perjuicios gozan de carácter de responsabilidad contractual por lo que su plazo para ser reclamadas será el de cuatro años tal como fija el artículo 25 LGP¹⁵⁸¹:

1. Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años:

¹⁵⁸⁰ STS, Sala Tercera, 07/12/1999 (Ar.2000/1729; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

¹⁵⁸¹ STS 16 diciembre 1991; ar. 9522 dice que plazo de 5 años de art. 46 y 47 LGP. En el caso de reclamación de daños y perjuicios por aumento de necesidades de vigilancia ante protestas por la obra. Dictamen del Consejo de Estado, 2738/2004, de 11 de enero de 2005; También los casos de revisión de precios en los que se reclama daños y perjuicios por incremento de precios. En Dictamen del Consejo de Estado, 3205/2003, de 20 de noviembre de 2003 se aborda el caso de incremento de precio de litigantes asfálticos y el Consejo de Estado dice que “La acción de indemnización de daños y perjuicios deducida por la unión temporal de empresas reclamante, fundada en un contrato administrativo de obras, no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene claramente de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista y al solicitarse en ella una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato de obra, por lo que tal pretensión **ha de encuadrarse genéricamente en la denominada responsabilidad contractual**”.

- a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.
- b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

Estas reclamaciones quedan insertas en la relación contractual y por tanto no admite el juego habitual de las reglas del silencio¹⁵⁸². Sin embargo, el Tribunal Supremo también señala que “la ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Y como se trata de expedientes iniciados de oficio la consecuencia del silencio para el administrado, según el artículo 42 LPAC se podrían considerar desestimadas su solicitudes”¹⁵⁸³.

El *dies a quo* del plazo para reclamar dependerá de varias cuestiones. En el caso de la compensación, en general debe admitirse que el plazo empieza a contar cuando concluye el servicio o la prestación determinante de la obligación. Es decir, cuando la ejecución de la modificación finaliza. Esto debe acreditarse a través de un acto formal de conformidad (entendemos que la recepción sólo será posible en aquellos casos en que se pueda separar de la obra o servicio principal). Tras ese acto se lleva a cabo la liquidación final, que es precisamente el *dies a quo* de la reclamación de cantidad para compensar los trabajos realizados¹⁵⁸⁴. No olvidemos que el procedimiento de liquidación y las alegaciones procedentes sobre la misma tienen sustantividad propia respecto otros procedimientos como la resolución o la modificación¹⁵⁸⁵.

Ahora bien, el caso de la indemnización debe ser tratado de diferente modo. En ese caso debe aplicarse la segunda parte del mismo apartado, cuando dice “desde el día en que el derecho pudo ejercitarse” (art. 25.1.a LGP).

En todo caso, la compensación se lleva a cabo en las liquidaciones parciales (al hilo de las

¹⁵⁸² STS, Sala Tercera, 14/05/2008 (EDJ. 97561; MP: Santiago Martínez-Vares García).

¹⁵⁸³ STS, Sala Tercera, 19/06/2007 (EDJ. 80288).

¹⁵⁸⁴ Sobre las certificaciones parciales como meros pagos a cuenta ver STS 2 abril 2008.

¹⁵⁸⁵ STS, Sala Tercera, 26/03/2012 (Ar. 5527; MP: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

certificaciones o documentos que acrediten los trabajos) o en la liquidación final. Si bien esta opción debiera ser excepcional, lo cierto es que suele ocurrir que al realizarse la medición final en la fase de liquidación de un contrato de obra, el contratista no está conforme al considerar que los cálculos de la Administración no son correctos. Por ejemplo, el caso en que el constructor presenta su disconformidad con la liquidación final de unas obras por existir diferencias de medición¹⁵⁸⁶. Medición que requiere la presencia del contratista y que muchas veces, llegado el caso al contencioso, requiere de informe pericial para ser resuelto¹⁵⁸⁷.

Lo idóneo es que en el acuerdo de modificación se fije el medio y plazo de pago. Sólo así se da la oportunidad a las partes para poder renunciar a dicha modificación. Si el contratista no está conforme deberá expresarlo a través de la impugnación de dicho acuerdo de modificación. En éste debe fijarse no sólo el pago por los trabajos sino también por todo concepto que ha supuesto un coste derivado de la modificación. Así, el acuerdo de modificación engloba compensación por los trabajos e indemnización por los conceptos que han conducido al modificado. Lo que resulta poco lógico, aunque muy habitual, es desplazar las reclamaciones a los momentos finales o posteriores de la ejecución de la modificación.

Sobre el alcance. La compensación tiene naturaleza de precio por los trabajos realizados, no así la indemnización que nace al margen del precio fijado para la prestación. Por tanto la indemnización puede fijarse sin tener en cuenta lo pactado. Ahora bien, lo normal será que se utilicen los precios actualizados como parámetro de valoración para aquellas unidades que estuviesen previstas. Pero también que se valoren elementos como los costes directos o indirectos soportados. Así, mientras que la compensación debe ceñirse a las prestaciones realizadas, la indemnización debe satisfacer la reparación integral de los daños y perjuicios. De ello deriva que mientras que el alcance de la compensación está claro –los trabajos realizados–, el alcance de la indemnización no lo está tanto.

Respecto al alcance de la compensación, el problema suele plantearse en varios niveles: i) ¿se acreditan los nuevos trabajos? ii) ¿se trata en realidad de nuevos trabajos?; y si son nuevos trabajos, iii) ¿cómo deben valorarse? ¿Se debe aplicar la revisión de precios?

¹⁵⁸⁶ STS, Sala Tercera, 19/03/2014 (Ar.1742; MP: José Díaz Delgado).

¹⁵⁸⁷ Instrucción 2/2012 Intervención Baleares.

Lo primero, y aunque es una obviedad da lugar a problemas prácticos, es que todos los trabajos cuyo pago se reclama deben estar suficientemente acreditados, ya que no siempre se recogen en un documento (modificación). Por ejemplo, en un caso de concesión de obra pública del acceso al aeropuerto de Ibiza, en donde la Administración encarga a TRAGSATEC efectuar una medición física de la obra ejecutada y que ésta no coincide con las estimaciones de la concesionaria de obra pública, que a su vez aporta informe pericial¹⁵⁸⁸.

Si no se acreditan los nuevos trabajos será difícil que el contratista obtenga compensación alguna. Así se pronuncia, por ejemplo, el TSJ de Madrid:

A la vista de cuanto acaba de exponerse, es claro que la realidad de la supuesta mayor obra ejecutada por la recurrente no está acreditada, porque no hay constancia de su realidad, que pasaría por la previa medición o comprobación de tales unidades de obra por la Dirección Facultativa, o al menos por la constancia de haber solicitada la contratista a dicha Dirección Facultativa esa medición sin que se hubiese aceptado por la Dirección, a lo que se añade que la liquidación de las obras, que es el momento en el que procede abonar las excesos de obra medidos, recoge precisamente las mayores unidades de obra ordenadas por el Ayuntamiento y la Dirección Facultativa, describiéndolas y valorándolas, sin oposición alguna de la recurrente, que tampoco ha practicado prueba en este proceso tendente a demostrar la realidad de esa presunta mayor obra, por todo lo cual procede la íntegra desestimación del Recurso.¹⁵⁸⁹

Respecto a si se trata de nuevos trabajos, cuando el propio modificado recoge los nuevos trabajos no hay mayor problema en la medida en que fija qué debe ejecutarse y a qué precio. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en que las partes litigan sobre si las prestaciones se deben considerar incluidas en el contrato original (postura de la entidad contratante) o por el contrario, si se trata de nuevas prestaciones (postura del contratista). En caso de quedar incluidas en el contrato original no habría razón para otorgar mayor contraprestación de la pactada y, por tanto, se rechazaría la liquidación propuesta por el contratista. Por ejemplo, en un contrato de gestión de servicios públicos del sistema de emergencias 112 en el que la contratista reclama sobrecoste por la compra de un programa que ya figuraba en los pliegos, y por los costes salariales del personal absorbido, que también figuraba en los pliegos. En ese caso, el Tribunal Supremo casó la sentencia y dio la razón a la Administración¹⁵⁹⁰.

Tampoco cuando la modificación no conlleva un mayor coste. Por tanto, la necesidad de

¹⁵⁸⁸ STS, Sala Tercera, 20/05/2015 (Ar. 3545; MP: Nicolás Maurandi Guillén).

¹⁵⁸⁹ STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, 10/06/2005 (Ar. 173170; MP: Rafael Estévez Pendás).

¹⁵⁹⁰ STS, Sala Tercera, 15/02/2012 (Ar. 5337; MP: Vicente Conde Martín de Hijas); también sobre trabajos ya incluidos en el contrato original en STS, Sala Tercera, 12/01/2012 (Ar. 21; MP: Juan José González Rivas).

compensación no es un efecto automático de la modificación contractual, sino que sólo se da cuando se produce una ruptura del equilibrio económico¹⁵⁹¹.

El derecho a la compensación de los gastos incluye incluso aquellos costes que sin haber sido incluidos en el modificado también son considerados trabajos efectivamente realizados debido a la ejecución del modificado. Por ejemplo cuando el Ministerio de Justicia deniega la inclusión en la liquidación provisional de la obra realizada por ACS una partida correspondiente al incremento en unidades de seguridad e higiene, partida que se incrementó debido a la ampliación del plazo producida por un modificado. Tanto la Sala de instancia como el Supremo entienden que la legislación de contratos (aquí aplicable el LCE) obligaba a abonar lo realmente ejecutado de manera que se evite el enriquecimiento injusto (arts. 47 LCE y 172 RGCE)¹⁵⁹². Así pues, aquellos trabajos realizados que se deriven de un modificado serán abonados cuando se demuestre dicha relación.

También hay otros trabajos que no están recogidos en el modificado, pero han sido ejecutados. La habitual compensación por esos excesos se mueve en el ámbito del enriquecimiento injusto, cuyo estudio llevaremos al final de esta misma sección.

La compensación de los trabajos también trae consigo el problema de su valoración. La valoración de los trabajos siempre debe referirse a la novación del contrato acordada, que a su vez debió partir de los pliegos y el contrato original. Recordemos que en el procedimiento de aprobación del modificado se fijaban los precios en base al contrato original o al procedimiento contradictorio si se trataba de unidades nuevas. Asimismo, a lo que cuestan las nuevas prestaciones habrá que restar lo que hubiesen costado las que se dejan de realizar¹⁵⁹³. Al resultar precios de un proceso contradictorio, no se le aplicará la revisión¹⁵⁹⁴.

Respecto a la indemnización, no siempre se está a la reparación integral. El alcance de la reparación irá en función del supuesto ante el que nos encontremos, si bien en ocasiones se agregan todos los conceptos sin distinción, generando algo de confusión al respecto.

¹⁵⁹¹ A. B. CASARES MARCOS, "Equilibrio económico", cit., p. 1349.

¹⁵⁹² STS, Sala Tercera, 24/05/2004 (Ar. 3670; MP: Pablo Lucas Murillo de la Cueva); en dicho se podría poner en cuestión el que no se incluyesen estas partidas en el acuerdo de modificación del contrato. Ello tuvo el efecto de disminuir el valor del modificado a priori, pero encarecerlo a posteriori.

¹⁵⁹³ Así la STSJ CyLeon Valladolid 15 noviembre 2012, rec. 2340/2012.

¹⁵⁹⁴ STS, 15 Diciembre 2011, rec. 4643/2008, (MP: Juan José González Rivas)

Pongamos un ejemplo práctico. La empresa Obras y Construcciones SA interpone recurso contra resolución del Instituto para la Promoción de la Vivienda en la que aprueba la liquidación de ciertas obras, ya que entiende que dicho organismo no ha tenido en cuenta varios factores: i) la falta de disponibilidad de los terrenos; ii) modificación de los taludes para garantizar su estabilidad por el excesivo riego de las tierras contiguas; iii) aparición de roca que exigió medios no previstos¹⁵⁹⁵. El Tribunal decide compensar al contratista concediendo la cuantía solicitada sin diferenciar los tres casos, que deberían dar lugar a diferentes indemnizaciones¹⁵⁹⁶. La buena práctica administrativa debería desmenuzar cada causa y asignarle su cuantía correspondiente.

En todo caso, el factor clave a la hora de establecer el alcance la indemnización será la imputabilidad de la causa de la modificación. Imputabilidad que se produce en un doble plano: 1) quién generó la situación de riesgo (por ejemplo, si se prolonga unilateralmente el contrato y acaece una circunstancia de fuerza mayor); 2) quién se encuentra en el origen de la causa de modificación que genera derecho a indemnización (por ejemplo, no es lo mismo la modificación unilateral que la circunstancia imprevisible).

En primer lugar, las modificaciones derivadas de la fuerza mayor. En estos casos, se debe indemnizar por todos los daños y perjuicios que se hayan sufrido. Debe producirse una indemnización integral. VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA demuestran el casuismo existente a la hora de reconocer los gastos que deben ser incluidos en la indemnización¹⁵⁹⁷. Los mismos autores ponen de manifiesto la paradoja que se da si el daño se produce fuera de la relación contractual, en cuyo caso estaríamos ante la responsabilidad extracontractual y por tanto la fuerza mayor jugaría contra la indemnización del contratista.

En el riesgo imprevisible, sin embargo, no se produce el resarcimiento total, sino sólo parcial¹⁵⁹⁸. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1985 pone de manifiesto la diferencia entre ésta y otras figuras – reproducimos el considerando completo por el interés que tiene:

¹⁵⁹⁵ Sentencia 30 de marzo de 1991 (EDJ 1991/3364; MP: Mariano de Oro-Pulido y López)

¹⁵⁹⁶ M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.p. 147 también considera que estos tres puntos merecían un tratamiento diferenciado.

¹⁵⁹⁷ J. L. VILLAR PALASÍ; J. L. VILLAR EZCURRA, “Fuerza mayor”, cit.p. 867

¹⁵⁹⁸ D. BLANQUER CRIADO, “Pacta sunt servanda”, cit.p. 138; el autor cita la STS 14 marzo 1985 (Ar. 1592; Díaz Eimil); en el mismo sentido STS 9 octubre 1987, STS 17 julio 1991; STS 23 febrero 2001.

“Que el estudio de la situación doctrinal y jurisprudencial que se deja expuesta y de las diversas ideas y criterios que en la misma se entrecruzan conduce a estimar que la más matizada, progresista y aceptada construcción conceptual de la teoría del riesgo imprevisible es la que distingue entre el desequilibrio económico producido por la potestad variandi, el hecho del príncipe y el error de cálculo como causas que imponen a la Administración el deber de indemnizar al contratista tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial que determinaron en su momento inicial dicha retribución y el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la **distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente** imponiendo a ésta en favor del concesionario, un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos; compensación que por tanto no puede determinarse en atención a los elementos de la retribución pactada, sino mediante una apreciación global de las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de conseguir la más adecuada y equitativa redistribución de la carga extracontractual, lo cual sólo es posible con base en informes periciales prudente y racionalmente valorados por el juzgador.”¹⁵⁹⁹

La consecuencia de aceptar la doctrina del riesgo imprevisible no es establecer un seguro o garantía total para el contratista. A diferencia de lo que ocurre en la fuerza mayor, donde la compensación es integral, aquí se compensa sólo una parte de los daños y perjuicios, en la medida en que se trata de una cláusula de reparto de riesgos imprevisibles para ambas partes. Se debe producir un reparto equitativo de la carga sobrevenida¹⁶⁰⁰. Por tanto, existe un límite máximo a la cantidad que pueda recibir el contratista, que se deriva precisamente de la copartición de los resultados desfavorables derivados de la materialización sobrevenida de riesgos¹⁶⁰¹. PAREJO habla incluso de interdicción de la garantía de rendimiento mínimo¹⁶⁰². Como apunta el mismo autor, es entonces cuando se observa la doble operatividad del riesgo imprevisible: i) en el inicio impide enervar el álea contractual; ii) durante la ejecución, se proscribe la posterior traslación de los riesgos imputables a la gestión y de todo el riesgo imprevisible a la Administración¹⁶⁰³. Ahora bien, el propio autor critica que a la hora de calcular el resarcimiento no se tenga en cuenta el concepto de beneficio industrial¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁹ STS 14 marzo 1985 (Ar. 1592; Díaz Eimil).

¹⁶⁰⁰ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 427.

¹⁶⁰¹ L. J. PAREJO ALFONSO, “¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978”, cit., p. 447.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 447-451.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 452.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 452.

Respecto al *factum principis*, la situación es parecida a lo que ocurre con el riesgo imprevisible. El origen del desequilibrio es ajeno al contrato por lo que ninguna de las partes es responsable directa. Ello conduce a que el riesgo deba repartirse y por tanto no cabe la compensación integral¹⁶⁰⁵. Esta postura sin embargo suele ser combatida por los contratistas cuando la Administración contratante es la misma que introduce innovaciones normativas. ARIÑO considera que en el *factum principis* deberán aplicarse los fundamentos de la responsabilidad objetiva¹⁶⁰⁶, lo que implica la indemnización integral.

La reciente jurisprudencia relacionada con las autopistas permite introducir algunas precisiones. Así, la Sentencia de 16 de mayo de 2011 del Tribunal Supremo español en el caso de Autopista de Peaje Madrid-Toledo (AP-41)¹⁶⁰⁷, en la que la Sala considera que “no debe considerarse fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras”. No estamos, por tanto, ante un “hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407”¹⁶⁰⁸.

Sin embargo, la Sala admite la reclamación por lo que podríamos llamar “*factum principis* omisivo”. En la misma Sentencia se acepta una reclamación fundada en que la Administración contratante no ha ejecutado un proyecto que tenía planificado cuando se licitó el contrato. En concreto, el Ministerio de Fomento tenía fijado construir la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba en el Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, lo que suponía mayor tráfico en la autopista licitada. La obra no puede llevarse a cabo por razones medioambientales. Esta “no construcción” es calificada por la Sala como “hecho imprevisible” que provoca desequilibrio económico¹⁶⁰⁹, ya que, pese a no hacerse referencia

¹⁶⁰⁵ STS de 24 de abril de 1985.

¹⁶⁰⁶ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit.p. 263.

¹⁶⁰⁷ STS, Sala Tercera, 16/05/2011 (Ar.4351; MP:Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

¹⁶⁰⁸ El Tribunal además considera que el principio de coordinación entre Administraciones no puede ser esgrimido como fundamento para obtener la reclamación.

¹⁶⁰⁹ STS, Sala Tercera, 16/05/2011 (Ar.4351; MP:Pablo Lucas Murillo de la Cueva), FJ 6º ; en sentencia posterior se matiza que estas actuaciones previstas deben estar claramente especificadas, no siendo suficiente

a ella en las cláusulas, las partes entendía que se llevaría a cabo al ser “algo más que un evento hipotético y futuro”¹⁶¹⁰.

En relación con el *factum principis* por omisión, es interesante notar la línea jurisprudencial que señala que no puede hacerse recaer sobre el contratista la ausencia de previsión de la Administración respecto dos proyectos interconectados realizados por distintos contratistas¹⁶¹¹.

Finalmente, en lo que respecta a la modificación unilateral, debe satisfacerse el principio de indemnidad total, indemnizando el daño emergente y el lucro cesante¹⁶¹². Ello por tratarse de una actuación de la propia Administración en el seno del contrato¹⁶¹³.

La reparación integral para ser completa debe incluir el lucro cesante. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre el texto de la LCE, considera que la compensación económica debe ser integral y cubrir todos los perjuicios posibles¹⁶¹⁴. Otros, consideran que el principio de igualdad ante las cargas públicas o el excesivo beneficio que recibiría el contratista son factores que sirven para defender la no reparación del lucro cesante¹⁶¹⁵.

Lo cierto es que nuestra tradición es reacia a acoger las reclamaciones de lucro cesante. En la práctica la indemnización suele quedar ceñida al daño emergente en la medida en que probar el lucro cesante no es tarea sencilla. Así, como señala HORGUÉ BAENA, la indemnización se centra en el “interés contractual negativo”, es decir, en mantener al contratista en la situación patrimonial en la que se encontraba¹⁶¹⁶.

con que en el estudio de viabilidad de la concesión se incluyan tres hipótesis sobre actuaciones posibles STS, Sala Tercera, 08/07/2015 (Ar.3464; MP:Celsa Pico Lorenzo).

¹⁶¹⁰ Ver ambos en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011”, cit. ; A. B. CASARES MARCOS, “Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección 7ª. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)”, cit..

¹⁶¹¹ STS, Sala Tercera, 06/10/2015 (Ar.244447; MP:Celsa Pico Lorenzo).

¹⁶¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 680; G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 263

¹⁶¹³ STS 14 de marzo de 1985 y 25 de abril de 1986.

¹⁶¹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 6ª ed., 1993, p. 710.

¹⁶¹⁵ VILLAR PALASI, *Lecciones sobre contratación administrativa*, p. 198; C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 187.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 186.

La propia normativa de contratación limita el alcance de la indemnización que se puede solicitar, limitando así la finalidad reparadora de la institución indemnizatoria¹⁶¹⁷. Un ejemplo de ello es el caso de **supresión o reducción de unidades de obra**, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna del lucro cesante¹⁶¹⁸. Se trata de una solución clásica que puede observarse ya en los Pliegos generales de 1846, cuyo artículo 3 señala en caso de reducción no tiene “derecho a reclamar ninguna indemnización a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese tenido en los materiales y mano de obra de la parte reducida o suprimida”. Por ejemplo, el Consejo de Estado se pronuncia sobre el contrato de servicios de alojamiento y manutención de personal dependiente de la Dirección General de la Policía, desplazado a Exposición Universal de Sevilla de 1992, en el que se decide reducir la prestación y suprimir los servicios de manutención, quedando sólo los de alojamiento, lo cual supone que se reajuste el precio de 1.700 a 1.300 millones de pesetas¹⁶¹⁹. El contratista acepta expresamente la modificación. Más tarde plantea una solicitud de indemnización por casi 200 millones de pesetas en concepto de “costos de arrendamiento de naves para comedores (25 millones), para adecuación de locales (25 millones), por estudios y proyectos (5 millones) y obras complementarias (19.712.000), equipos y montaje (40.288.000), menaje (6.567.000), seguros y contratación de toldos, sillas, taquillas y otros que se indican (11.929.000), lucro cesante (6% del contrato de manutención)”. La unidad administrativa acepta varios de estos conceptos, entre ellos el 6% del lucro cesante por beneficio industrial dejado de percibir en base al artículo 162 RGCE 1975 (suspensión definitiva de las obras). El Consejo de Estado sin embargo considera que la modificación a la baja excluye la indemnización en el caso de los contratos de obra¹⁶²⁰. Ahora bien, rechaza que sólo sean compensables las inversiones materializadas por el contratista. Considera que existe un concepto subyacente a estas inversiones:

Para la realización del contenido contractual modificado, el empresario ha tenido que realizar una actividad creadora y organizativa, que tiene su dimensión económica y que, de no haberse frustrado parcialmente el contrato, hubiera sido retribuida por la participación en el beneficio industrial. Dentro del principio de compensación por ejercicio del "ius variandi", el indicado concepto debe ser incluido, no como beneficio industrial que le hubiera producido la realización del contrato en su concepción originaria, y tampoco calculado sobre el contenido

¹⁶¹⁷ G. ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, cit., p. 186.

¹⁶¹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 378/1993, de 20 de mayo de 1993.

¹⁶¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado, 378/1993, de 20 de mayo de 1993.

¹⁶²⁰ El reconocimiento del lucro cesante ha tenido mejor acogida siempre en otras figuras contractuales como la gestión de servicios o la concesión.

económico de la prestación eliminada, sino como concepto indemnizatorio, calculado partiendo de la estimación de los elementos materiales organizados para atender a la ejecución de la prestación de manutención. Parece razonable aceptar el criterio del seis por ciento, aplicado, como se ha dicho, a los conceptos indemnizatorios que implican costes de instalación exigidos para atender a la prestación de manutención.

Es decir, que aplica el seis por ciento al valor de las inversiones realizadas. Ahora bien, a esta indemnización debe restarle el valor de los bienes que puede el contratista seguir utilizando en otros contratos:

En efecto, parece deducirse de cuanto consta en el expediente que la pretensión indemnizatoria, correlativa a la adquisición de elementos destinados a la eficaz realización de la prestación de manutención, ha sido por su coste real (menaje, equipos, etc.). Estos elementos, en cuanto mantengan su utilidad y puedan ser disponibles por el contratista, no podrían ser indemnizados por sus costes de adquisición, pues, en esta hipótesis, recibiría aquél una ventaja, utilidad o provecho que, en la medida que fuera también objeto de compensación por la Administración, entrañaría una indemnización carente de causa legítima.

También aplica el seis por ciento al entender que la supresión de unidades implica “un desistimiento de la Administración respecto de la diferencia, lo que justifica y ha de determinar la procedencia de abonar a la contratista el 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial”¹⁶²¹.

Respecto al daño emergente, este se refiere al conjunto de costes directos e indirectos, incluidos los financieros, en que se incurre debido a la modificación¹⁶²². El contratista podrá repercutir los gastos generales de estructura que incidan sobre el contrato siempre que tengan carácter directo¹⁶²³; los gastos de maquinaria y personal; los daños ocasionados en lo ya ejecutado, etc. En todo caso deberá estar adecuadamente acreditado que estos costes se debieron a la modificación¹⁶²⁴.

¹⁶²¹ STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/09/2015 (Ar. 251716; MP: Margarita Pazos Pita).

¹⁶²² STS 24 abril 2008 (ar. 4020).

¹⁶²³ Ver al respecto STS 24 abril 2008, ar. 2482.

¹⁶²⁴ STSJ Asturias, Sala Contencioso-Administrativo, 31/07/2015 (Ar. 238572; MP: Antonio Robledo Peña); también STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/09/2015 (Ar. 251716; MP: Margarita Pazos Pita): Por el contrario, no procede el abono de cantidad alguna en concepto de gastos generales pues es criterio de esta Sección, con referencia al conjunto de los diferentes conceptos que integran el apartado de los gastos generales, que la empresa contratista puede justificar perfectamente cuáles son los gastos de estructura durante el periodo de que se trate, concretando los costes financieros que tuvo que asumir, impuestos y tasas, gastos de administración y técnicos y jurídicos, costes comerciales, amortización de oficinas y mobiliario, seguros, etc... Esto es, es necesaria una concreta acreditación y cuantificación que en el presente caso, y al margen ya de cualquier consideración sobre la conceptualización de los gastos de personal, en modo alguno resulta probada con el cuadro y nóminas aportadas sin mayor concreción probatoria en cuanto a las obras que nos ocupan, y máxime cuando, como queda constatado, las unidades no fueron ejecutadas siguiendo instrucciones de la Administración y, por lo tanto, con conocimiento de la contratista, siendo emitidas las certificaciones correspondientes y firmada acta de recepción del contrato de obras sin objeciones al respecto.

Por ejemplo, en una concesión de obra pública se pide una cuantía por los sobrecostes de la construcción de la autopista, cuantificándose doce partidas distintas de sobrecostes: personal fijo; alquiler de vehículos; alquiler y mantenimiento de oficinas; control y vigilancia; seguros durante la fase de construcción; aval durante la fase de construcción; unidades de obra; mantener a disposición plantas para la ejecución de mezclas asfálticas; condiciones de financiación resultantes de los retrasos provocados por la Administración; novación de contratos financieros y avales; asesores, *due diligence* y personal financiero; y afección por las obras del nuevo acceso ferroviario de alta velocidad. Al no haber sido individualmente cuestionados por la demandada, por lo que se estima su procedencia, excluyendo sólo costes financieros y de asesoría¹⁶²⁵.

Pensemos en la suspensión de la ejecución derivada de la modificación. Ejemplos de gastos normalmente esgrimidos son los despidos de personal y en general de reestructuración de plantilla derivada de la modificación, la devolución de vehículos de renting adscritos de forma directa y exclusiva al contrato, el personal de mantenimiento y vigilancia, los costes de amortización de la maquinaria, los gastos de administración. Sin duda hay otros muchos. Ahora bien, como toda indemnización, los daños deben ser demostrados por el contratista. Por ejemplo, en el caso de suspensión de la ejecución debida a la modificación, el contratista solicitó la indemnización por el daño que le supuso tener al personal ocioso. Sin embargo, el Consejo de Estado señala que “a falta de prueba concreta de la condición ociosa de cada uno de los empleados cuyos costes se reclaman, y de una justificación de por qué permanecieron irremediabilmente desocupados hasta el punto de que la Administración

¹⁶²⁵ SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 30/04/2015 (Ar. 145672; MP: Fernando Ruiz Piñeiro): Los sobrecostes financieros derivados de las condiciones de financiación resultantes de los retrasos, inciden en el hecho de que las condiciones de financiación pasaron de ser las anteriores a la crisis a ser las posteriores a la misma, con incremento del coste de capital, mayor coste de la deuda, menor capacidad de apalancamiento y mayores comisiones bancarias. Pero dichas circunstancias no pueden achacarse a la administración como daños o perjuicios en el presente caso, pues la crisis o sus consecuencias no son susceptibles de indemnizarse por no ser responsabilidad de la administración concedente. Son consecuencia del contexto general de crisis sufrida en los años a que se contrae la reclamación. Por ello debe detraerse la cantidad de 8.809.899,19 euros, actualizados a junio de 2012.

También consideramos improcedente incluir la partida referida a sobrecostes de asesores, *due diligence* y personal financiero, pues no estimamos acreditado que dichos sobrecostes se produzcan de forma efectiva en los términos que se reclaman. Así, se hace referencia a sobrecoste del asesor técnico del banco, lo que entendemos no acreditado en las actuaciones. Y se hace referencia a equipo financiero de la concesionaria, cuyas funciones entendemos que no son permanentes en el tiempo. Se trataría, por otra parte, de gastos inherentes a la actividad de la empresa, que no serían imputables a la administración. Por el contrario entendemos acreditados los gastos generados por las distintas novaciones producidas por importe a junio de 2012 de 180.987,43 euros.

General del estado debe reintegrar íntegramente el gasto, no procede indemnizar esa partida”¹⁶²⁶. Como señala el Tribunal Supremo,

“... ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo”¹⁶²⁷.

El Tribunal Supremo entiende que si se reclaman los perjuicios sufridos a consecuencia de la suspensión, debe impugnarse la liquidación final en el plazo previsto¹⁶²⁸. Si tiempo después se produce la modificación en la que se acepta la suspensión, debe rechazarse la posterior solicitud de indemnización por ese motivo¹⁶²⁹.

Otro caso es el de una modificación que motiva, al final de la ejecución, un presupuesto adicional entre cuyas partidas figura una por gastos derivados del cambio de emplazamiento. La Corporación se opone en la medida en que en el acuerdo de aprobación del modificado se estableció expresamente que la variación no habría de suponer mayores costes. Sin embargo, el Tribunal Supremo da la razón al recurrente en la medida en que “la cantidad pretendida aparecía como directa consecuencia del cambio introducido en el proyecto original, con el consiguiente aumento de unidades de obra, según se deduce de los informes emitidos por los servicios técnicos”. Por un lado, la legislación obliga a abonar la obra realmente ejecutada. Por otro, al no superar los umbrales legalmente establecidos, el

¹⁶²⁶ Dictamen del Consejo de Estado 619/2007, de 3 de mayo.

¹⁶²⁷ STS, Sala Tercera, 01/10/2014 (EDJ.182651; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

¹⁶²⁸ STS 22 mayo 2012 (rec. 1638/2011).

¹⁶²⁹ STS 25 septiembre 2007 (Ar. 374/2004) “el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 LCAP, pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar –y resulta difícilmente conciliable con el principio de buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de aquella suspensión”.

contratista venía obligado a soportar la modificación¹⁶³⁰.

A la hora de conceder o no la reparación integral hay otros factores apuntados por la doctrina que podrían influir en la reparación del daño. VILLAR PALASÍ apunta a la importancia que puede tener la negligencia de la Administración – por ejemplo cuando pretende no abonar trabajos escudándose en irregularidades en el procedimiento de modificación¹⁶³¹. HORGUÉ BAENA considera que el hecho de que el contratista pueda o no resolver el contrato también debe ser tenido en cuenta¹⁶³².

En todo caso, estos daños suelen ser identificados por un perito de parte. Éste debe tener cuidado a la hora de elaborar su informe y ceñirse a los hechos, sin arrojar ninguna valoración jurídica. Por ejemplo, es típico que en estos informes periciales se recojan manifestaciones sobre la imputación de la responsabilidad o definiendo si corresponden a la Administración por incumplimiento de contrato, desequilibrio económico o enriquecimiento injusto¹⁶³³. Estas cuestiones deben ser decididas por la Sala, y no por el perito.

El momento procesal para llevar a cabo esta valoración es la Sala de instancia la que lo valore, no siendo la casación el medio para combatir los hechos probados ni para impugnar la valoración probatoria alcanzada por el Tribunal¹⁶³⁴.

En cuanto a los medios para satisfacer la indemnización y la compensación, la cuestión no es del todo pacífica.

La práctica habitual es que se haga a través de una suma económica o un incremento de los precios, v.g las tarifas. La compensación en metálico es, además, la que “genera menos conflictos” en torno a su legalidad¹⁶³⁵.

En determinadas figuras contractuales cuya ejecución incluye la explotación de un servicio también se ha considerado la ampliación del plazo como medida compensatoria. En estos

¹⁶³⁰ STS, Sala Tercera, 31/12/1985 (Ar. 6408; MP: Manuel Garayo Sánchez).

¹⁶³¹ VILLAR PALAIS, *Lecciones sobre contratación administrativa*, p. 198.

¹⁶³² C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 187.

¹⁶³³ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/01/2014 (EDJ.3689; MP: Ana Isabel Gómez García).

¹⁶³⁴ STS, Sala Tercera, 02/10/2006 (EDJ. 275507; MP: Celsa Pico Lorenzo).

¹⁶³⁵ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 253.

casos se produce la ruptura del llamado equilibrio económico y, por tanto, este debe restablecerse a través de alguna de las técnicas previstas en la ley. El TRLCSP recoge expresamente la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión de obra pública (art. 258 TRLCSP) y de la gestión de servicios públicos (art. 282 TRLCSP) en algunos casos. No se trata sin embargo de un tema pacífico.

Hay resoluciones que entienden que sí se puede utilizar la prórroga para compensar por las modificaciones¹⁶³⁶. Y sin embargo hay otras que consideran que no es posible en casos de *ius variandi*¹⁶³⁷. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005, que dice como sigue¹⁶³⁸:

La sociedad recurrente afirma en el motivo que no necesariamente puede concluirse que la compensación ha de ser económica, puesto que la norma lo que señala es que producida la modificación la Administración "deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato", y ello bien puede hacerse prolongando el tiempo de la prestación del servicio por la empresa que lo realiza puesto que de ese modo se mantendría el equilibrio de los supuestos básicos que se tuvieron en cuenta para la adjudicación del contrato.

Ahora bien esa interpretación no se deduce de las normas antes mencionadas, ni tampoco de los artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, porque la ampliación del contrato, o, en otro caso, la prórroga del mismo no está contemplada en aquel que tiene una duración limitada establecida necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como las de las prórrogas de que pueda ser objeto, de modo que la pretendida compensación vía ampliación del contrato o prórroga del mismo para compensar de ese modo al contratista por la ruptura del equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato, vulnera el principio general de la contratación pública que se refiere a la libre concurrencia, puesto que de prorrogarse o ampliarse el contrato para compensar al concesionario de los desembolsos económicos que en este caso concreto vino obligado a hacer, al modificarse el contrato en cuanto al modo de prestación del mismo, llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública.

En consecuencia el motivo debe rechazarse y por ende desestimarse el recurso interpuesto.

¹⁶³⁶ STS, Sala Tercera, 04/05/2005 (EJ. 71616; MP: Antonio Martí García): "...procede desestimar las alegaciones de la parte recurrente sobre la prórroga del plazo del contrato, pues, de una parte, tanto esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, como en el informe del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, se admite la posibilidad de la prórroga como medida compensatoria respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones...". También en el Dictamen 923/2001, de 21 de junio de 2001).

¹⁶³⁷ Informe 2/2010, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, de 29 de abril de 2010. Y de la JCCA los informes 47/98; 7/06; 61/08. Tanto las SSTs de 25 de mayo de 2006 y 8 de marzo de 2011.

¹⁶³⁸ STS, Sala Tercera, 25/05/2006 (EDJ 2006/83915; MP: Santiago Martínez-Vares García)

En esta línea de negar el uso de la prórroga, hay voces que consideran que el equilibrio económico sólo puede restablecerse mediante el pago en metálico¹⁶³⁹. Esta opción podría verse más acorde con el respeto de la licitación inicial, pero sobre todo, más garantista de la libre competencia al proteger la licitación futura.

6.6.4.2. *El enriquecimiento injusto y el reconocimiento extrajudicial de créditos*

De especial relevancia a la hora de estudiar la compensación e indemnización al contratista en caso de modificación contractual es el tratamiento que se le da al instituto del enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa¹⁶⁴⁰. Una figura que se esgrime de manera regular en los litigios entre el contratista y la Administración cuando ambas discuten sobre la modificación del contrato, pero que también comenzará ahora a darse en aquellos casos en que se declare nula la modificación y el contratista haya ejecutado parte de los trabajos¹⁶⁴¹. En este apartado nos centramos en el primero de los supuestos.

En todo caso, para la aplicación de esta doctrina habrá que estar a los **requisitos habilitantes** del enriquecimiento injusto: i) aumento del patrimonio del enriquecido; ii) empobrecimiento de la otra parte materializado en un daño; iii) nexo causal entre ambos sucesos; iv) ausencia de motivo que justifique el enriquecimiento¹⁶⁴². Asimismo, será el contratista el que tiene sobre sí la carga de la prueba¹⁶⁴³.

Veamos ahora algunas aplicaciones prácticas en el área de la modificación de los contratos.

En las relaciones entre contratista y Administración, la doctrina del enriquecimiento injusto

¹⁶³⁹ H. LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014., p. 280 dice que el equilibrio económico sólo puede restablecerse por pago metálico, no por ampliación de plazo. Lo mismo la STS 25 mayo 2006, ar. 3234.

¹⁶⁴⁰ Sobre la figura en Derecho civil ver L. Díez-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Civitas, Madrid, 1988.. en Derecho Administrativo ver la clásica M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, cit.; aplicada a la modificación hay buenas referencias jurisprudenciales en L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit.

¹⁶⁴¹ Como dice la STS 21 de febrero de 1991, La nulidad no es sinónimo de carencia de efectos ya que ello es contrario a otros principios como el de enriquecimiento injusto.

¹⁶⁴² Sobre los requisitos ver sentencias de 16 de abril de 2002 (RJ 2002, 7006) (recurso 6917/1996), 23 de junio de 2003 (recurso 7705/1997), 18 de junio de 2004 (recurso 2000/1999) y 11 de julio de 2005 (RJ 2005, 9586) (recurso 5557/2000).

¹⁶⁴³ STS, Sala Tercera, 01/10/2014 (EDJ.182651; MP:Nicolás Maurandi Guillén)

es utilizada de dos maneras. Primero, como base de las peticiones de restablecimiento del equilibrio. Se argumenta que, ante el surgimiento de una circunstancia que desequilibre el contrato, si no se satisface una cuantía determinada la Administración disfrutaría de un enriquecimiento injusto. Esa conexión entre el equilibrio del contrato y el enriquecimiento injusto se observa en casos de riesgo imprevisible o de revisiones de precios. En este sentido el Tribunal Supremo afirma que “el mantenimiento del equilibrio financiero de las concesiones administrativas ha sido abordado por este Tribunal en múltiples sentencias, que lo han fundado en algunas ocasiones en el principio del enriquecimiento sin causa, o acudiendo a la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* o en las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones (...)”¹⁶⁴⁴. Segundo, también se utiliza para respaldar las peticiones de compensación ante prestaciones realizadas, pero carentes de respaldo jurídico formal oportuno. Como recuerda el Tribunal Supremo español, la doctrina del enriquecimiento injusto “viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa - enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”¹⁶⁴⁵. De esta manera, los Tribunales “salvan la validez y eficacia de contratos administrativos irregulares – o de órdenes igualmente irregulares de modificación”¹⁶⁴⁶. Ello se critica por REBOLLO PUIG, que considera “erróneo e innecesario” que “el enriquecimiento injusto juegue como argumento para convertir vicios graves en irregularidades no invalidantes”¹⁶⁴⁷.

A medida que avancemos en nuestro estudio pondremos de manifiesto la existencia de una corriente jurisprudencial minoritaria que pretende la restricción en el uso de esta doctrina. Ahora bien, no hay que olvidar que la jurisprudencia mayoritaria es de carácter expansivo, tanto, que se afirma que el enriquecimiento sin causa se erige en “verdadero mecanismo de cierre del sistema de contratación administrativa”¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁴ STS 23 diciembre 1988 (Ar. 20225).

¹⁶⁴⁵ STS 21 de marzo de 1991 (Ar. 2522).

¹⁶⁴⁶ M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, cit., p. 133.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 135.

¹⁶⁴⁸ PAREJO ALFONSO, L., y SANTAMARIA PASTOR, J.A (dirs.), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* Madrid, 1989, p. 464.

En términos generales, en el ámbito de la modificación son tres los elementos que debemos estudiar: i) la naturaleza de los trabajos, si deben considerarse incluidos en el contrato o no, o si son necesarios y no simples mejoras¹⁶⁴⁹; ii) la actitud del contratista ante las prestaciones; iii) la actitud de la Administración, aplicando el enriquecimiento injusto si hay aceptación expresa o tácita, por ejemplo en caso de que las obras hayan sido recibidas¹⁶⁵⁰; dentro de la actitud de la Administración cobra importancia la apariencia del órgano que ordena la modificación. Dejaremos para otra sección aquellos casos en que se aplica el enriquecimiento por la nulidad de la modificación.

Respecto a la naturaleza de los trabajos, existen varios argumentos de defensa que la Administración puede utilizar en estos casos. Una posibilidad es esgrimir que el trabajo estaba ya previsto en los pliegos, por lo que no se trata de nuevos trabajos. Y es que no cabe apreciar enriquecimiento sin causa cuando la situación patrimonial producida sea consecuencia de pactos libremente asumidos. Por ejemplo, en el caso de la impugnación de una liquidación de contrato por entender que existen trabajos que deben ser abonados, la Sala considera que debe “insistirse en que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa que la jurisprudencia ha hecho en ocasiones, de entre las que la actora cita diversas resoluciones, no constituye el modelo legal ni prevalente de liquidación de las obras públicas, ni sustituye, -como en este caso parece pretenderse-, a los pliegos de condiciones técnicas y administrativas y, en suma, al contrato mismo y sus cláusulas, mediciones y resultado a ejecutar y abonar-, y su emergencia se produce tan solo en aquellos supuestos y circunstancias que, como resumen, destaca la paradigmática STS de 20 de Julio de 2.005 , (ROJ. 5.026) al decir que;

"Jurisprudencia que no ha sido conculcada al no resultar en modo alguno aplicable al supuesto de autos por cuanto las sentencias invocadas se centran mayoritariamente en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo , sentencias de 12 de febrero de 1979 , 12 de marzo de 1991 , 4 de marzo de 1997). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo

¹⁶⁴⁹ STS 20 feb 1980, ar. 740; 13 abril 1981, ar. 1840; 20 marzo 1985, ar. 2841; 8 junio 1988, ar. 5075; 22 julio 1988, ar. 6323 ; o urgentes: STS 14 noviembre 1985, ar. 5553; 22 febrero 1991, ar. 1536.

¹⁶⁵⁰ STS 1 noviembre 1985, ar. 5553; STS 2 abril 1986, ar. 4214.

incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.¹⁶⁵¹

O, por ejemplo, cuando se señala que “no nos encontramos, por lo tanto, ante un supuesto de enriquecimiento injusto de la Administración, sino ante un supuesto de cobertura contractual derivada del contrato para la debida proyección y ejecución de un Centro escolar de las características que nos ocupa, dentro de los estándares habituales constructivos y de exigencias sociales, lo que nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto”¹⁶⁵².

Por tanto, en muchas ocasiones el debate se centra en si las prestaciones realizadas estaban o no previstas en el modificado¹⁶⁵³. Ello conecta con algunas sentencias en las que se considera que si entra en juego el riesgo y ventura la opción de acudir al enriquecimiento injusto como base de la pretensión queda seriamente debilitada¹⁶⁵⁴.

Respecto a la actitud del contratista, es importante señalar que se parte de la regla general que establece que las modificaciones introducidas unilateralmente por el contratista no son válidas. A pesar de que exista la regla del abono de lo realmente ejecutado, lo cierto es que si lo ejecutado no sigue lo acordado, sino que se introducen modificaciones unilaterales, entonces no surge la obligación de abonar esos trabajos. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 2000 señala que:

El principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa es, en efecto, aplicable a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en que ha considerado pertinente su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad (sentencia de 20 de diciembre de 1983); en el supuesto en que había sido prevista por las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto (sentencia de 24 de enero de 1984); cuando ha habido órdenes de la Administración (sentencia de 20 de octubre de 1987), aunque tengan vicios de forma (sentencia de 27 de febrero de 1984). En el caso de autos la ampliación de la obra se debió a una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, por lo que no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de

¹⁶⁵¹ STSJ País Vasco, Sala Contencioso-Administrativo, 25/06/2015 (Ar. 208936; MP: Murgoitio Estefanía).

¹⁶⁵² STSJ de Extremadura, sec. 1ª, 27/05/2005 (EDJ.105568; MP: Mercenario Villalba Lava).

¹⁶⁵³ STS, Sala Tercera, 17/05/2012 (Ar. 6818; MP: Juan José González Rivas).

¹⁶⁵⁴ STS 20 octubre 1987.

inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes. El motivo de casación debe ser desestimado¹⁶⁵⁵

Por tanto, el contratista deberá ser capaz de demostrar que los trabajos no se debieron a su propia voluntad, sino que su realización fue impuesta por o acordada con la Administración. Para ello es fundamental conocer la actitud de la Administración.

Respecto a la actitud de la Administración, es importante conocer si la iniciativa ha sido de la Administración.

Un conjunto de casos se refiere a la ausencia o irregularidad en el procedimiento de modificación de contratos. En concreto aquellos casos que se ocupan de la modificación aprobada por órgano no competente. Aunque nuestras normas de contratación siempre han sido estrictas al respecto, y en teoría no se realizaba pago alguno sin que las modificaciones estuviesen perfectamente autorizadas por la superioridad (Instrucción de 1845, Pliego de 1886, Pliego 1903), la práctica se movía en otras coordenadas y era habitual el pago de modificaciones aunque éstas no se aprobasen por órgano competente o siguiendo las formalidades pertinentes (así Sentencia de 5 de mayo de 1916)¹⁶⁵⁶. En la actualidad parece que sigue siendo así. Sólo el pago puede liberar a la Administración de incurrir en enriquecimiento injusto según la jurisprudencia mayoritaria. En general el argumento de la jurisprudencia mayoritaria será que “la omisión de las formalidades necesarias para la contratación administrativa no significa que la Administración no tenga que abonar las obras o trabajos realizados o los bienes suministrados. Los defectos formales en la contratación tienen que ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 27-12-99 , 9-11-99 , 15-10-99 , 15-3-99 , 19-11-99 y 11-7-97), por lo que lo determinante es la efectiva y adecuada realización de las prestaciones efectuadas por cuenta de la Administración” ¹⁶⁵⁷.

Estos casos son todavía más difíciles de argumentar para la parte demandada en la medida en que entra en juego la prohibición de alegar la propia torpeza. Así, la Administración no

¹⁶⁵⁵ STS, Sala Tercera, 28/01/2000 (EDJ. 1351; MP: Manuel Goded Miranda); ver en el mismo sentido STS, Sala Tercera, 03/12/2012 (Ar.588; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

¹⁶⁵⁶ R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, cit., p. 154.

¹⁶⁵⁷ STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 16/09/2014 (Ar. 265339; MP: Felipe Fresneda Plaza).

puede obtener rédito de las irregularidades internas que cometa, por ejemplo alegando la invalidez de los modificados. El Tribunal Supremo entiende que,

“... tampoco pueda objetarse el incumplimiento de las normas procedimentales, legalmente establecidas por la introducción de modificaciones en el proyecto original, ya que conforme se declara en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979\908), citada por el actor, aunque la potestad de modificación de las prestaciones originales debe ejercitarse según las normas de procedimiento, de los artículos 53 y 54 RCCL -a las que al parecer se refieren los Acuerdos de la D. F. de 10 de mayo de 1963 y 1 de marzo de 1968 citados por la Abogacía del Estado-, la aplicación de los principios que vedan el enriquecimiento sin causa posibilita el reconocimiento, en los contratos de obra, de las reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutadas como consecuencia de órdenes de la Administración, si efectivamente fueron ordenadas las obras; de modo que los servicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los requisitos procedimentales al no ser imputables sólo al contratista, no pueden oponerse a la percepción del importe de lo realizado, siempre que las ordenes se dieron por quien y del modo que para el contratista tuviesen apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido”¹⁶⁵⁸.

Para considerar que los trabajos han sido iniciativa de la Administración es suficiente con que haya sido el Director facultativo, sin aprobación del superior, el que haya dado directrices para efectuar los trabajos¹⁶⁵⁹. Lo mismo en caso de “modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (Sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001)”¹⁶⁶⁰.

Así, el Tribunal Supremo en su jurisprudencia mayoritaria entiende que “pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a las normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ellos explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los

¹⁶⁵⁸ STS, Sala Tercera, 31/12/1985 (Ar. 6408; MP: Manuel Garayo Sánchez) ; en este sentido también la STS de 13 de marzo de 1984 (Ar. 1750; MP: Botella Taza).

¹⁶⁵⁹ STS, Sala Tercera, 11/07/2003 (EDJ. 92927; MP: Nicolás Maurandi Guillén); casos en que se ejecutan modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada son STS 20 de diciembre de 1983, Ar. 6354; 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998).

¹⁶⁶⁰ STS de 27/04/08 y 12/05/08.

excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que el percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido”¹⁶⁶¹.

Incluso una orden verbal dada por el Director es considerada como válida a los efectos de compensar los trabajos y evitar el enriquecimiento injusto. Así, la STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2013 en el que se presenta una liquidación por importe de catorce millones de euros, lo que supone un exceso de siete millones (incremento del 100% del valor inicial)¹⁶⁶². Sin embargo se dice que,

La prueba testifical, fundamentalmente, la emitida por D. Carlos Manuel, arquitecto autor del proyecto y director de la obra y aparejador y director de la ejecución material del centro, por tanto, representantes de la Administración demandada en la obra, ponen de manifiesto, tal y como aparecen recogidas en el fundamento de derecho séptimo, de la sentencia recurrida en apelación, lo siguiente: " que las modificaciones de la obra fueron verbales. Que el precio fue consensuado con Acciona por D. Victorino, Subdirector General. Que el porcentaje estimado fue del 60 y que el Sr. Victorino dijo que había margen suficiente y que la obra había que hacerla cueste lo que cueste. En cuanto a las modificaciones, la Administración no puso ninguna pega, paro que debía recogerse en un documento. Que el importe de la ejecución de la modificación fue de 6 millones de euros. Que fueron para cubrir 2 patios completos, parte de otro patio, nuevas instalaciones, climatización, proyecto de soterramiento, cerramientos y ordenación de parcela. Que la Administración no manifestó ni verbal ni por escrito el desacuerdo. Que era consciente de la desviación del presupuesto".

De los datos expuestos y recogidos por el Juzgador de la Instancia en la Sentencia apelada, queda acreditado que hubo un exceso de obra realizada por el contratista a instancia de la Administración, mediante órdenes verbales realizadas por el Director de la obra, siendo dicho exceso de obra así como su importe asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución del tan citado exceso de obra respondiera a una decisión unilateral de la contratista que, ciertamente de haber sido así, no habría generado derecho a su pago. Por tanto, esta Sala no puede aceptar, como hace el Juzgador de la instancia, que las modificaciones hayan sido realizadas unilateralmente por la contratista. Por otro lado, la Administración no niega la realidad de las obras, ni propone otro importe a abonar al contratista, por lo que una vez realizadas debió proceder a su pago, sin que sea factible acoger la alegación de la Administración de que es necesaria la convalidación por el Consejo de

¹⁶⁶¹ STS, Sala Tercera, 21/11/1981 (Ar. 5267; MP: Ricardo Santolaya Sánchez).

¹⁶⁶² STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, 12/09/2013 (EDJ. 179418; MP: Pilar Maldonado Muñoz).

Gobierno de la Comunidad de Madrid para proceder a su abono no siendo posible efectuarlo mientras que dicha convalidación no se produzca, ya que es evidente que el pago de la obra realizada no puede quedar al arbitrio de una de las partes, quien puede demorar sine die el pago con base en dicha argumentación, con evidente perjuicio para el contratista, y aun admitiendo dialécticamente que la modificación del proyecto requiera la convalidación de la Administración, lo cierto es que después del tiempo transcurrido no ha justificado que tales actuaciones se hayan llevado a cabo, por lo que en base al principio de buena fe y confianza legítima, el administrado no tiene por qué soportar esos retrasos o carencias.

Matizando esta línea doctrinal tan laxa, un conjunto de fallos se basan en la apariencia de legalidad en cuanto a la competencia del órgano que ordena las modificaciones¹⁶⁶³. En este sentido cobran importancia las órdenes de los órganos Administrativos encargados de la dirección de los trabajos. Por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo entiende que a pesar de que si bien el arquitecto no es competente para aprobar modificaciones, sí tenía facultades para que sus órdenes fueran acatadas por el contratista. Y establece que,

“... pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a las normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ellos explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que el percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido”¹⁶⁶⁴.

Incluso se afirma que debe aplicarse el enriquecimiento injusto si el contratista acepta de buena fe las modificaciones propuestas por el Director de obra¹⁶⁶⁵.

Asimismo, cuando la Administración recibe los trabajos sin protesta o prevención alguna debe entenderse que le son útiles y que, por tanto, se beneficia de ellos, lo cual puede hacer nacer un enriquecimiento injusto¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶³ Exige mínima apariencia – STS 11 mayo 1989, ar. 4488; STS 29 sept 1986, ar. 6096; responsables de obras: STS 19 nov 1992, ar. 9207; STs 5 abril 1994, ar. 4143; 29 enero 1993, ar. 426; Esa exigencia de apariencia se endurece cuando el contratista pudo saber quién era competente (STS 27 febrero 1984 ar 1067)

¹⁶⁶⁴ STS, Sala Tercera, 21/11/1981 (Ar. 5267; MP: Ricardo Santolaya Sánchez); en términos similares STS, Sala Tercera, 12/03/1991 o STS, Sala tercera, 28/05/1996.

¹⁶⁶⁵ STS, Sala Tercera, 15/12/2011 (EDJ. 298404; MP: Juan José González Rivas).

¹⁶⁶⁶ STSJ Islas Canarias (Sede Tenerife), 24/01/2001, ar. 233100.

El Tribunal Supremo no ha dudado en calificar esta doctrina del enriquecimiento sin causa como de carácter extracontractual, pero extrapolable al ámbito contractual¹⁶⁶⁷. Señala que “dicha doctrina del enriquecimiento injusto, deducida de los art.1895 y 1901 del Código Civil fue acogida doctrinalmente por la doctrina administrativa y tributaria, y después por la Jurisprudencia, como título que fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración, en muchas ocasiones ligada al principio de confianza legítima (art.3.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre del PAC) .De ahí se deduce que su ámbito propio es el de la responsabilidad patrimonial o extracontractual, pero puede jugar también en la contractual como dice el Fj 13º de la STS de 17.5.2012, recurso 4033/2008”. Ahora bien, que tenga naturaleza extracontractual no quiere decir que exija un procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial. El Consejo de Estado considera que “el principio de prohibición del enriquecimiento injusto se impone efectivamente a toda la práctica administrativa sin ser preciso para hacerlo efectivo que se deba sustanciar concretamente un expediente de responsabilidad patrimonial del Estado”¹⁶⁶⁸.

La fórmula para que el contratista vea satisfecha sus pretensiones suele ser el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos¹⁶⁶⁹. Sin embargo, se trata de una práctica que no es pacífica. Así, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular (Islas Baleares), donde se afirma que,

Pese a que el **reconocimiento extrajudicial** es una figura excepcional que debería utilizarse en casos muy concretos para dar solución a aspectos muy puntuales, creemos que se utiliza en demasiados casos como un medio elusivo para el incumplimiento de la normativa de contratación, como una solución procedimental que todo lo arregla.

La tramitación que se sigue hasta ahora consiste generalmente en que el centro gestor incoa

¹⁶⁶⁷ SAN, 12 junio 2015 (Ar. 183144): “La extracontractual doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no sólo es extrapolable al ámbito contractual y extracontractual sino que como dice la STS de 29.4.2015 de la Sala primera, recurso 1187/2013 “ Esta doctrina, que viene del Derecho romano (dos textos del Digesto) y de Las Partidas (7ª, 34, 17) no se recoge en el Código civil y sí se ha desarrollado por doctrina y jurisprudencia, como principio general del Derecho, como dicen las sentencias de 15 noviembre 1990 , 13 diciembre 1991 , 8 mayo 2006 , 14 abril 2009 . Una reiterada jurisprudencia basa su fundamento en la atribución patrimonial sin causa, “entendiéndose por justa causa, aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirle”, como dicen las sentencias de 27 septiembre 2004 , 27 octubre 2005 , 18 noviembre 2005 “.

¹⁶⁶⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 3062/1998, de 10 de septiembre de 1998.

¹⁶⁶⁹ En el ámbito municipal es competencia del Pleno en virtud del art. 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

un expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito con una memoria explicativa de las circunstancias que concurren en cada supuesto. En la documentación se incluye un informe jurídico en relación con la **necesidad de evitar el enriquecimiento injusto** de la Administración y, junto con las facturas conformadas, la acreditación de existencia de crédito y un informe de la Intervención General que no entra en el fondo del asunto, se eleva una propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno que reconoce extrajudicialmente el crédito indebidamente contraído.

La instrucción señala que la manera habitual para evitar el enriquecimiento injusto es a través del procedimiento administrativo de reconocimiento extrajudicial de créditos¹⁶⁷⁰. Subraya que lo que muchas veces olvidan estos acuerdos administrativos es que, dado que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para modificar el contrato, estamos ante casos de nulidad o anulabilidad que no pueden ser sencillamente abonados. Señala la Instrucción que para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial “se considera imprescindible que la declaración de nulidad se produzca”.

La postura contraria defiende el Consejo Consultivo de Islas Baleares en Dictamen 57/2014. Señala que no es adecuado acudir al procedimiento de revisión con carácter previo al reconocimiento extrajudicial ya que la revisión de oficio es un instrumento extraordinario. Señala que “la utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente inidónea, toda vez que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede hallar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto”.

En el ámbito local, la competencia para el reconocimiento extrajudicial de créditos recae en el Pleno (art. 23 TRRL y 50 ROF), si bien puede delegarse.

Respecto al alcance de la doctrina del enriquecimiento injusto, en puridad ésta debería efectuarse mediante la *actio de in rem verso* (acción de reembolso o de restitución), esto es, restituyendo lo injustamente obtenido. Sin embargo, ante la imposibilidad de llevarlo a cabo, se satisface a través de una compensación económica¹⁶⁷¹.

¹⁶⁷⁰ Dictamen 140/2004 Consejo Jurídico de la Región de Murcia: «No se recoge en la normativa local un procedimiento específico para sustanciar el reconocimiento de una obligación como la presente. No obstante, tanto por analogía como por su condición de derecho supletorio, puede aplicarse el previsto por el Real Decreto 2.188/1995 que disciplina la actuación a seguir cuando es necesario resolver incidentes originados por la omisión de la fiscalización previa en la tramitación de expedientes que den lugar a gastos y pagos».

¹⁶⁷¹ M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, cit., p. 125.

La cuantía debe ser la suficiente para evitar el enriquecimiento injusto. Normalmente ello coincidirá con el empobrecimiento de la demandante, pero no siempre es así. Ello hace, por ejemplo, que aquéllas prestaciones que no generen un enriquecimiento o que no sean útiles para la Administración, no deban ser abonadas. Existe además una línea doctrinal que defiende que aquello que se satisface no devenga intereses de demora, al carecer de base legal: no existe contrato sino una cuantía que reconoce como compensación, y ello con independencia de que se haya emitido una certificación por el Director de obras¹⁶⁷². Los intereses sólo comenzarán a devengarse una vez dictado el acto de reconocimiento de obligaciones¹⁶⁷³.

¹⁶⁷² Así STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 22/11/2013 (Ar. 3207; MP: Santos Honorio de Castro García) citando otras anteriores.

¹⁶⁷³ Así STS 18 febrero 2009, ar. 1095; STS 11 mayo 2004, rec. 2341/2001 ; STSJ Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21/11/2013 (Ar.15819; MP: Santos Honorio de Castro García) citando jurisprudencia al respecto.

CAPÍTULO 7: EL CONTROL DE LA MODIFICACIÓN

Una de las facetas más importantes de cualquier sistema regulatorio es establecer cuáles serán los mecanismos de control existentes.

La importancia de este conjunto de controles es extraordinaria si se tiene en cuenta que la modificación del contrato hasta no hace mucho se consideraba un asunto *inter partes*. Por ello, la existencia de distintos mecanismos de control emerge como un pilar fundamental para solucionar el problema de las modificaciones contractuales.

Los mecanismos de control podrían ser perfectamente clasificados según se tratase de mecanismos de control político (elecciones, comisiones de investigación parlamentarias, entre otros), control legal (interno y externo) o control social (ciudadanos y medios de comunicación). Sin embargo, para profundizar en el estudio del control en la modificación de los contratos acudiremos a una clasificación que responde a los distintos fines para los que el control se ejerce: la prevención, la detección, la reacción y la represión de las conductas irregulares.

7.1. Mecanismos de prevención

El primer conjunto de mecanismos de control se refiere a aquellos que van destinados a la prevención. Cuando hacemos referencia a mecanismos de prevención nos referimos a los controles *ex ante*, es decir, a todos aquéllos que existen antes de que el contrato se modifique.

Tradicionalmente el procedimiento de modificación es el cauce a través del cual se estructuran estos controles. El procedimiento recoge un conjunto de trámites que i) obligan al órgano de contratación a justificar su decisión; ii) someten esa decisión a la opinión de varios órganos informantes antes de que sea aprobada; iii) tienen en cuenta la postura del interesado. Con el paso del tiempo el procedimiento se fue dotando de mecanismos de supervisión. Por ejemplo, no es extraño observar que las normas sobre modificación del contrato siempre han previsto que sea necesaria la obtención de la autorización correspondiente de la superioridad –pensemos en el artículo 6 de los Pliegos de 1846, el art. 11 de los de 1900 y 1903. Hoy, durante el procedimiento, la decisión debe someterse a informe del servicio administrativo correspondiente, de la Intervención y eventualmente del Consejo de Estado, entre otros.

Existen, también, mecanismos de prevención asociados a la propia ejecución del contrato. Se trata de las potestades de vigilancia, dirección y control de la entidad contratante. El Consejo de Estado considera la vigilancia de la ejecución del contrato como un pilar fundamental del sistema de contratación¹⁶⁷⁴. A este respecto la figura más importante es la del Director facultativo de los contratos de obra, un órgano de eminente carácter técnico con funciones de importancia para nuestro estudio, tales como recabar autorización del órgano de contratación para modificar el contrato. Normalmente se designa un “director del contrato” que lleva a cabo las funciones de dirección y vigilancia del contrato en cumplimiento de las potestades que la ley otorga a la Administración. Esta potestad se atribuye al órgano de adjudicación, quién a su vez la suele delegar en el director del contrato. La LCSP recoge expresamente esta figura y le denomina como “responsable del contrato”. El artículo 52 del TRLCSP establece lo siguiente:

1. Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.

Así pues, para dar cumplimiento de la función de vigilancia que corresponde a la Administración, ésta podrá (potestativo) designar un responsable. El papel del responsable designado será clave para hacer cumplir el contrato, además de ser un elemento de flexibilidad en el sentido en que puede tomar determinadas decisiones de manera inmediata. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas señala que en la práctica el nombramiento del responsable no siempre consta en el expediente lo cual impide determinar de manera exacta las responsabilidades pertinentes¹⁶⁷⁵. Ello desactiva este mecanismo de prevención.

Asimismo, además del procedimiento existen otros mecanismos de prevención asociados a la lucha contra la corrupción, que más adelante veremos.

7.2. Mecanismos de detección

Una vez que hemos analizado aquellos mecanismos encaminados a evitar que el modificado aprobado sea irregular, es momento de detenernos en aquellos controles que entran en juego

¹⁶⁷⁴ En esos términos se pronuncia el Consejo de Estado español en su Memoria del año 1992, p. 177.

¹⁶⁷⁵ Sobre esta omisión se pronuncia el Tribunal de Cuentas en las conclusiones del Informe de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, publicado en BOE 23 octubre 2015.

una vez que la modificación ha sido aprobada.

El control encaminado a la detección puede ser tanto de carácter interno como externo y de carácter institucionalizado o no institucionalizado.

Entre los mecanismos internos institucionalizados destaca el papel de la Intervención, mientras que de carácter institucionalizado, pero externo, destaca el Tribunal de Cuentas. Dentro de los no institucionalizados hay que destacar el papel que está adquiriendo la sociedad civil.

Al estudiar el procedimiento administrativo ya observamos una primera función de la **Intervención General**, como es la de llevar a cabo una fiscalización previa o control preventivo de legalidad (que aplica a AGE, organismos autónomos dependientes de la misma y entidades de la Seguridad Social). Además, la Intervención lleva a cabo también el llamado “control financiero permanente”, que se configura como un control a posteriori de la actuación administrativa (aplica también a las EPEs, y otras entidades de Derecho público en función de su norma de creación)¹⁶⁷⁶. En la propia LGP se prevé que, en algunos casos el control financiero de las EPEs y otras entidades de Derecho público se sustituya por el de una auditoría pública, lo cual es reflejo del cambio de paradigma que vive el ámbito del control. Las sociedades estatales de carácter mercantil no estarán sujetas a este tipo de control (art. 158 LGP), por lo que todo el control interno recae, si acaso, en las auditorías públicas. Interesa a nuestro estudio conocer que debe realizarse un “análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de aquéllas”. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el control previo, el control financiero no tiene eficacia directa sobre la gestión, siendo sólo un medio de detección de posibles infracciones.

Junto a ese control financiero, la Intervención lleva a cabo otro tipo de control a posteriori:

¹⁶⁷⁶ Por ejemplo, en el artículo 39 del R.D 2395/2004, de 30 de diciembre, que aprueba los Estatutos de ADIF se establece que “Sin perjuicio de las competencias de fiscalización atribuidas al Tribunal de Cuentas por su ley orgánica y por las demás normas que regulan sus competencias, la entidad pública empresarial estará sometida al control financiero permanente, previsto en la Ley General Presupuestaria, que se realizará por la Intervención General de la Administración del Estado, a través de la Intervención Delegada en el organismo”.

la elaboración de auditorías¹⁶⁷⁷. En este caso el control sí se ejerce “sobre todos los órganos y entidades integrantes del sector público estatal” (art. 163 LGP) – si bien muchas sociedades mercantiles están obligadas a someterse a una auditoría independiente. Esta auditoría pública puede ser de “regularidad contable”, de “cumplimiento” o de “auditoría operativa”, y se llevará a cabo en base a un plan de auditorías prefijado. El órgano de dirección y programación del control a través de auditorías es en la actualidad la Oficina Nacional de Auditorías, órgano encuadrado en los Servicios Centrales del IGAE.

En todo caso, no existe ninguna obligación de publicidad de los informes internos de la IGAE. La nueva LTAIBG tan solo establece la obligación de publicar activamente “Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan” (art. 8.1.e). El único conocimiento que tenemos de estos Informes es la Memoria anual de la IGAE, si bien desde 2008 no hay alusión específica a la modificación de los contratos.

No se puede finalizar la parte dedicada a la Intervención sin señalar que el artículo 150 LGP establece la posibilidad de comprobación material de la inversión cuando la inversión sea superior a 50.000 euros. El Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, desarrolla esta posibilidad de comprobación material de la inversión (art. 28 RD 2188/1995) en los siguientes términos,

1. La intervención de la comprobación material de la inversión es la facultad de la Intervención de verificar materialmente, antes del reconocimiento de la obligación, la efectiva realización de las obras, servicios y adquisiciones financiadas con fondos públicos y su adecuación al contenido del correspondiente contrato o encargo.

En esta labor eminentemente técnica, los interventores estarán asesorados por los técnicos especialistas que en el caso concreto sean necesarios, y siempre “entre funcionarios que no hayan intervenido en el proyecto, dirección, adjudicación, celebración o ejecución del gasto correspondiente”¹⁶⁷⁸. En el ámbito de los contratos públicos este acto de comprobación se

¹⁶⁷⁷ La distinción entre control financiero y auditorías ha sido criticada por considerarse en exceso forzada y difícil muchas veces de trazar. Cfr. X. LAZO VITORIA, *El control interno del gasto público estatal*, cit., p. 245

¹⁶⁷⁸ Para profundizar al respecto ver Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión.

realiza en la recepción. Sin embargo, el artículo 28.6 establece que “Cuando se aprecien circunstancias que lo aconsejen, el Interventor General podrá acordar la realización de comprobaciones materiales de la inversión durante la ejecución de la prestación o servicio a solicitud del Interventor Delegado a quien corresponda su fiscalización o intervención”.

Por su parte, el **Tribunal de Cuentas**, órgano de control externo por excelencia, tiene una doble función: fiscalización y enjuiciamiento de la responsabilidad contable. Ahora se estudia la primera de ellas, siendo la otra estudiada como mecanismo de reacción y de punición.

Respecto a la función fiscalizadora, hay que distinguir la fiscalización de la Cuenta General del Estado (art. 10), la fiscalización sobre el resto de cuentas del sector público (art. 9.2), las fiscalizaciones sobre aspectos concretos, como es el caso de la contratación (art. 11) y las fiscalizaciones por mandato expreso de la legislación sectorial. Dentro de estas dos últimas es donde se enmarcar el mecanismo de detección de irregularidades respecto a los modificados.

El TRLCSP señala al Tribunal de Cuentas como receptor de la información referente a modificación de contratos. El artículo 29 TRLCSP contiene la siguiente obligación de remisión de información al Tribunal de Cuentas:

1. Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.
2. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las **modificaciones**, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

Por tanto, se obliga a la remisión de información sólo cuando los contratos superen un cierto valor inicial. Esta obligación de remisión no es exhaustiva, pudiendo estos órganos de control externo solicitar cuanta información necesiten para dar cumplimiento a la función que tienen encomendada.

Pero es que además, la propia Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en el Capítulo VII “Del examen de los expedientes referentes a los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás entidades del Sector Público” del Título IV “De la función fiscalizadora del Tribunal” señala que “están sujetos a fiscalización por el Tribunal de Cuentas todos los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector Público” (artículo 39 LFTC) y especialmente aquellos que superen unas determinadas cuantías o “5.º Todos los contratos administrativos, de importe superior a diez millones de pesetas, que hubieran sido objeto de ampliaciones o modificaciones posteriores a su celebración, las cuales, aislada o conjuntamente, supongan incremento de gasto superior al 20 por 100 del presupuesto primitivo o eleven el precio total del contrato por encima de los límites señalados en los números 2.º al 4.º de este artículo, así como los que hayan producido las mencionadas ampliaciones o modificaciones”. Y el artículo 40 añade:

1. La fiscalización de los contratos señalados en el artículo anterior comprenderá los distintos momentos de su preparación, perfección y adjudicación, formalización, afianzamiento, ejecución, modificación y extinción.
2. Los Centros, Organismos o entidades que hubieran celebrado contratos de los indicados, enviarán anualmente al Tribunal una relación de los mismos, incluyendo copia autorizada de los respectivos documentos de formalización y de aquellos otros que acrediten su cumplimiento o extinción, sin perjuicio de remitir al Tribunal cualesquiera otros que aquél les requiera.

Así pues, el Tribunal de Cuentas tiene competencia para fiscalizar la totalidad de la actividad contractual, y entre toda ella cobra especial importancia la que se refiere a la modificación de los contratos.

Sin embargo, por su doble naturaleza de control externo y a *posteriori*, la detección del Tribunal de Cuentas llega años después de producirse la modificación. Por ejemplo, a finales de 2014 se aprueba el Informe de 2012¹⁶⁷⁹. La LGP establece la obligación a todo el sector público estatal de rendir las cuentas al Tribunal de Cuentas (art. 137 LGP). Para ello se debe

¹⁶⁷⁹ Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas relativo a la contratación del sector público estatal fue aprobado por el Pleno del Tribunal en diciembre de 2014, publicado en el BOE de 23 de octubre de 2015, y recoge la contratación de 2012. Del año 2012, se reciben 1.383 expedientes cuyo importe asciende a 2.739.690 miles de euros, de los cuales se fiscalizan 377, lo que supone un 27,3%, cuyo importe asciende a 1.733.364 miles de euros que representa el 63,3 % del importe total de los recibidos. Un 71% son contratos de servicios, un 21% de suministros y un 6% de obras (el resto no alcanza el 2%). Respecto a los procedimientos, un 63% son abiertos y, en el otro extremo, un 34% son negociado sin publicidad.

enviar a la IGAE tanto las cuentas como el informe de auditoría en los siete meses desde el cierre del ejercicio. El IGAE lo remitirá al Tribunal de Cuentas al mes siguiente.

Ahora bien, no se trata de una fiscalización total, sino acotada a unas muestras determinadas. Tampoco se exige la remisión de los contratos menores¹⁶⁸⁰. Este último Informe pone de manifiesto las numerosas deficiencias y omisiones en el envío de información al Tribunal de Cuentas. En especial, “son significativos los incumplimientos y demoras respecto al envío de las comunicaciones sobre las incidencias en la ejecución de los contratos, así como sobre la finalización de los mismos”¹⁶⁸¹.

El resultado de la fiscalización del Tribunal de Cuentas puede dar lugar a la redacción de recomendaciones a adoptar. Pero también puede dar lugar a la denuncia ante la autoridad competente cuando se observen responsabilidades penales, disciplinarias o contables, todos ellos serán estudiados en este trabajo en la sección dedicada a los mecanismos de reacción.

Un mecanismo de prevención institucionalizado y que ha ido adquiriendo importancia en materia de modificación de los contratos es el papel de control que realiza la oposición política. En particular, en el ámbito local han sido varias las ocasiones en las que los concejales han impugnado una modificación contractual¹⁶⁸². Por ejemplo, la impugnación de un acuerdo de restablecimiento del equilibrio de una concesión sin observar el procedimiento establecido para ello¹⁶⁸³. De la misma manera en el caso de una prórroga de un contrato para la gestión indirecta del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento mediante concesión, que los concejales impugnan por considerar que supera los límites del *ius variandi*, en este caso por su impacto en el principio licitatorio¹⁶⁸⁴.

También la jurisdicción contable admite que la oposición ponga en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas la existencia de presuntas irregularidades en la gestión. En ese caso puede optarse por ejercer la acción pública o tener la mera condición de

¹⁶⁸⁰ Ver presentación del Informe de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, publicado en BOE 23 de octubre de 2015.

¹⁶⁸¹ Informe de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, BOE 23 octubre 2015, p. 224

¹⁶⁸² También admiten esta legitimación los Tribunales de recursos contractuales: Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 112/2015, 6 de febrero de 2015.

¹⁶⁸³ STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19/03/2015 (Ar. 519; MP: María Antonia Lallana Duplá).

¹⁶⁸⁴ STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/06/2011 (Ar. 276620; MP: Joaquín Moreno Grau).

denunciante¹⁶⁸⁵.

Un control apenas ejercido en España, pero con un potencial margen para ser utilizado, es el control por parte del Parlamento. De manera indirecta el Parlamento controla estas cuestiones a través del Tribunal de Cuentas que es su instrumento para el control económico-presupuestario de la Administración, pero lo cierto es que la acción Parlamentaria podría ser más directa. Por un lado, encargar expresamente al Tribunal de Cuentas el estudio pormenorizado de casos concretos, una técnica muy utilizada en Reino Unido y Estados Unidos, a través de sus órganos de control externo, v.g los sobrecostes del Parlamento escocés “Holyrood Inquiry”. Por otro, a través de Comisiones parlamentarias cuando se trate de cuestiones políticas más que técnicas.

Antes de cerrar la sección dedicada a la detección merece la pena llamar la atención sobre otro tipo de mecanismo de detección de carácter externo y no institucionalizado: el llevado a cabo por el ciudadano y la sociedad civil en general. Hasta ahora, la falta absoluta de transparencia en la modificación del contrato ceñía las funciones de control preventivo a los órganos administrativos. Sin embargo, cada vez más surgen plataformas civiles que se dedican al análisis de datos públicos, en particular sobre contratación¹⁶⁸⁶.

Además, no hay que perder de vista la importancia que puede tener el sistema de clemencia incluido en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En su artículo 62.4 LRJAP señala lo siguiente:

4. Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa

¹⁶⁸⁵ Es lo que ocurre en Auto del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 19/2014 de 28 de octubre (Ponente: Mariscal de Gante y Mirón; Ar. 24205). En dicho caso las actuaciones estaban prescritas cuando llegaron al Tribunal – archivo solicitado por el Ayuntamiento de Toro y secundado por el Ministerio Fiscal. Se trata de actuaciones realizadas en 2006, con informe de fiscalización del Consejo de Cuentas de Castilla y León de 2008. Ni los escritos del Grupo Municipal opositor, ni dicho informe interrumpen la prescripción. Sí lo interrumpe la actuación fiscalizadora del interventor municipal, también de 2008. Pero poco importa ya que la acción pública se plantea en 2013, habiendo transcurrido más de cinco años desde dicho informe.

¹⁶⁸⁶ Destaca en este sentido el proyecto ¿Quién cobra la obra? , Fundación Civio, 2015

que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.

En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

Y, además, obliga a los órganos administrativos a motivar las razones de no investigar estos casos (art. 64.1), lo cual podrá dar lugar a responsabilidades posteriores.

7.3. Mecanismos de reacción. En especial, la tutela de los interesados.

7.3.1. Los instrumentos de reacción disponibles

Los mecanismos de prevención y detección son sin duda importantes. Pero de nada servirían sin los adecuados mecanismos de reacción. Es decir, el conjunto de mecanismos que permiten luchar contra la modificación de los contratos cuando ésta se considera irregular. La heterogeneidad de estos mecanismos aconseja tratarlos por separado.

En todo caso, todos ellos tienen un elemento en común: que, hoy por hoy, los mecanismos de reacción se basan en la actitud de los agentes implicados ya que el sistema de controles institucionalizados rara vez sirve como palanca que ponga en marcha los mecanismos de reacción. Normalmente tiene que ser el propio contratista o un tercero interesado el que reaccione. Este tipo de sistemas basados en la acción de los interesados tiene ventajas y desventajas¹⁶⁸⁷. La principal ventaja es que los interesados tienen un evidente interés en que el asunto sea estudiado por los órganos de control, por lo que supervisarán el impulso del proceso. El problema radica en que no siempre existirán esos incentivos, por ejemplo cuando el interesado considera que puede perder futuros contratos o si entiende que el pesado trámite de impugnar una decisión tiene un resultado incierto. Asimismo, este control de terceros sobre decisiones de contratación ha sido criticado por el efecto que puede tener en la toma de decisión dado que los agentes sólo se preocuparán de qué es legalmente defendible sin centrarse en otros criterios¹⁶⁸⁸.

Por tanto, este sistema de control debería ir siempre acompañado de otros, principalmente

¹⁶⁸⁷ Para un estudio en detalle ver X. ZHANG, "Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective", *Public Procurement Law Review*, 5, 2007.

¹⁶⁸⁸ S. KELMAN, *Procurement and public management: the fear of discretion and the quality of government performance*, AEI Press, Washington, D.C., 1990.

de algún instrumento que permita que aquellos comportamientos detectados por los mecanismos de detección fuesen purgados.

7.3.1.1. *La revisión de oficio y la declaración de lesividad*

Siguiendo el orden sistemático de la LPAC, el primero de los mecanismos de reacción frente a modificaciones es el de la revisión del acto, que podrá realizarse a través de dos mecanismos, en función del vicio que afecte al acto: la revisión de oficio de actos nulos (que puede ser instada por el interesado a través de la llamada acción de nulidad), o la declaración de lesividad.

Respecto a la revisión de oficio, dado que la propia ley de contratos, en su art. 34 TRLCSP se remite a la Ley 30/1992, estudiaremos alguno de sus rasgos principales. No hay que olvidar que tiene carácter restrictivo y, por tanto, exige cuidado extremo en su utilización¹⁶⁸⁹. El Tribunal Supremo recuerda en su Sentencia de 19 de julio de 2013 (rec. 822/2011) que “la doctrina sentada por este Tribunal configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”¹⁶⁹⁰.

A la hora de plantear la revisión de oficio habrá que prestar especial atención a los límites que establece el art. 106 LPAC (“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”). Eso es precisamente lo que se plantea el Consejo de Estado en su Dictamen 584/1991 al señalar que

Pero, llegado el momento de enjuiciar y pronunciarse sobre la posibilidad y oportunidad de anulación del acuerdo directivo de 17 de enero de 1983, deben recordarse otras circunstancias, como dispone el artículo 112 de la Ley de

¹⁶⁸⁹ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 18/2013, 25 de septiembre de 2013.

¹⁶⁹⁰ Menciona las sentencias de 18 de mayo de 2010 (casación 3238/2007), 28 de abril de 2011 (casación 2309 / 2007), 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010).

Procedimiento Administrativo, como son el tiempo transcurrido desde dicho acuerdo, así como los derechos de él dimanantes para las empresas contratantes, a lo que debe agregarse la consideración de que, aun producida la anulación, habría de llegarse al mismo resultado que decidió aquel acuerdo de la Dirección General de Obras Hidráulicas.¹⁶⁹¹

La consecuencia de la revisión de oficio no es otra que la declaración de nulidad del acto, momento en que debe aplicarse el artículo 35 TRLCSP que estudiamos más adelante.

En el ámbito de la modificación, se ha utilizado la revisión, por ejemplo, en el caso de una modificación por la que se eleva el precio del contrato, al entender que hubo un error al redactar los pliegos. Pasado un tiempo se revisó de oficio esa modificación, algo que el Consejo de Estado aprueba por ser el único mecanismo “aplicable por razón del tiempo”¹⁶⁹².

En ocasiones también cabe la declaración de lesividad. Recientemente el Tribunal Supremo aborda un caso en que el Gobierno de Cantabria había puesto en marcha el procedimiento de declaración de lesividad y posterior contencioso frente a un Acuerdo por el que se modificaba el contrato de concesión de obra pública de puerto pesquero con el fin de mantener la tasa interna de retorno de la inversión (se aumentaba el número de amarres de 540 a 859, se incrementaban tarifas un 15% y el plazo concesiona hasta los 49 años). A pesar de la sustancialidad de la modificación todos los órganos informaron favorablemente¹⁶⁹³.

También se da el caso de modificación de una concesión de obra pública a través de la aprobación en 2011 de una nueva interpretación de los límites retributivos del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares de la "Concesión de la obra pública desdoblamiento de la carretera Ibiza-San Antonio" que suponían una mayor remuneración para el concesionario, en total un incremento de más del 20%. Ante esa situación se declara la lesividad de ese acto (2014) por considerarlo contrario a los intereses generales. La Sala estima la postura de la Administración, y señala que:

Y también debemos estimar que la interpretación efectuada en la Resolución de 1 de Junio de 2011 es contraria al principio de igualdad de trato que la Administración ha de dispensar a todos los licitantes, en tanto que esa interpretación supuso una modificación de facto de las

¹⁶⁹¹ Dictamen del Consejo de Estado, 584/1991, de 27 de junio de 1991; ver también sobre límites de la revisión de oficio el reciente Dictamen 61/2015 Consejo Consultivo de Madrid, de 18 de febrero de 2015 en que pasan diez años entre el acto y su revisión.

¹⁶⁹² Dictamen del Consejo de Estado, 1409/1992, de 4 de marzo de 1993.

¹⁶⁹³ STS, Sala Tercera, 08/10/2014 (EDJ 2014/180814; MP: Celsa Pico Lorenzo).

cláusulas particulares que rigen el contrato concesional, de forma que con tal interpretación se dispensa a la concesionaria y se producen unos efectos distintos de los establecidos en el contrato y Pliego de Condiciones para el resto de licitantes, lo cual carece de total justificación.

Y nótese que es precisamente esa interpretación la que produce ese trato diferenciado motivo por el cual tiene todo su alcance y sentido la declaración de lesividad efectuada por la Administración contra esa Resolución de 1 de Junio de 2011.

Llegados a este punto cumple estimar el recurso y anulamos la Resolución del Conseller de Vivenda y Obres Públiques de 1 de junio de 2011, que aprobaba los criterios interpretativos de los límites retributivos del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares de la "Concesión de la obra pública desdoblamiento de la carretera Ibiza-San Antonio"¹⁶⁹⁴

Lo mismo ocurre en el caso de Compañía Auxiliar del Puerto, S.A y Autoridad Portuaria de Tenerife. En el año 2002 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 amplió 25 años el plazo de la concesión de la terminal pública de contenedores. En 2005, tras la declaración de lesividad de diciembre de 2004, se planteó demanda de lesividad. En primera instancia, el TSJ estima recurso, anulando el acto impugnado de ampliación. Ante ello se interpone casación, que es desestimada, señalando el Tribunal Supremo que esa ampliación es contraria al principio de concurrencia, criterio esencial de las normas de contratación¹⁶⁹⁵.

7.3.1.2. *Los recursos administrativos ordinarios.*

Otro mecanismo de reacción fundamental es el de los recursos administrativos que se pueden interponer frente a la modificación contractual. Se trata de los recursos administrativos ordinarios, el recurso especial en materia de contratación, y por último, la llamada cuestión de nulidad. Además no hay que olvidar que cualquier particular puede poner en conocimiento de la Comisión Europea cualquier infracción del Derecho europeo, lo cual es particularmente interesante debido a la nueva regulación de los modificados en las Directivas de 2014.

Los parámetros de control de todos estos recursos coinciden (la ilegalidad de la modificación). Lo que varía es el procedimiento de unos y otros¹⁶⁹⁶. Los recursos de origen europeo están dotados de mayores garantías que fortalecen la eficacia de la resolución. Por ejemplo, la suspensión automática o los breves plazos para resolver. De nada sirve, como

¹⁶⁹⁴ STSJ Islas Baleares, Sala Contencioso-Administrativo, 07/10/2015 (Ar.242133; MP: Frigola Castillon).

¹⁶⁹⁵ STS, Sala Tercera, 08/03/2011 (Ar.2275; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona).

¹⁶⁹⁶ Así *Ibid.*, p. 509.

ocurre en el sistema ordinario, que la declaración de nulidad llegue años más tarde cuando la relación contractual ya no existe.

Tradicionalmente, en el ámbito de la modificación, los recursos administrativos sólo se han utilizado en casos de desacuerdo entre el contratista y entidad. La jurisprudencia que existe en España se produce en la mayoría de los casos debido a que contratista y Administración no se ponen de acuerdo sobre si los trabajos realizados estaban incluidos en el acuerdo original, o cuando se trata de un caso de mantenimiento de equilibrio, o sobre el precio que los trabajos realizados. Por ejemplo, en el caso de un contrato de elaboración de un proyecto en que el contratista factura un 100% más al entender que se ha producido una modificación del contrato, mientras que el Ayuntamiento se opone al entender que estamos ante trabajos cubiertos en el contrato inicial¹⁶⁹⁷. Como dice VÁZQUEZ MATILLA, “ésta ha sido la única cuestión que ha generado pronunciamientos jurisprudenciales en materia de modificaciones”¹⁶⁹⁸. Estos casos suelen limitarse a la aportación de periciales por ambas partes, siendo un campo enormemente casuístico. Y como observa HORGUÉ BAENA, apenas hay sentencias que traten términos como “interés público”, “necesidades nuevas” o “causas imprevistas”¹⁶⁹⁹. Sólo de manera minoritaria se dan casos en que la modificación se denuncia por parte de otros interesados e incluso se declara lesiva por la Administración actuante¹⁷⁰⁰.

Las cosas parecen estar cambiando. La nueva regulación tanto europea (jurisprudencia y Directivas) como nacional (LES) está permitiendo ver fallos interesantes. Por ejemplo, los Tribunales Administrativos de recursos contractuales comienzan a encontrarse con otro tipo de cuestiones mucho más interesantes: otros licitadores impugnan modificaciones del contrato original.

En España se parte de un doble régimen de tutela muy diferenciado según se trate de contratos que están en la órbita del Derecho europeo y aquellos que no lo están. Si se sitúan en la primera categoría tendrán acceso a un procedimiento mucho más rápido y eficaz y más

¹⁶⁹⁷ STSJ Castilla-La Mancha, Contencioso-Administrativo, 07/03/2011, (Ar. 169274; MP: Domingo Zaballos).

¹⁶⁹⁸ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 231.

¹⁶⁹⁹ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 78; la autora considera que sólo de forma muy aislada el TS invoca estos requisitos. Y lo hace en la STS 11 de abril de 1984, ar. 1920 en un caso en que el propio concesionario es el que solicita la revisión de tarifas.

¹⁷⁰⁰ STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 23/10/2007 (Ar. 78422; MP: Rafael Pérez Nieto).

independiente. Por el contrario, si se trata de contratos englobados en el segundo grupo, esto es, fuera de la órbita del Derecho europeo, entonces sólo pueden acceder a los recursos administrativos ordinarios, más lentos y donde apenas se hace uso de la justicia cautelar¹⁷⁰¹.

7.3.1.3. *Los recursos administrativos de origen europeo*

Respecto a los recursos de origen europeo son dos los recursos existentes: el recurso especial en materia de contratación y la cuestión de nulidad, de carácter precontractual y postcontractual respectivamente. Para atender estos recursos se han creado Tribunales especiales, en la medida en que la Directiva exigía que los recursos fueran resueltos por un órgano independiente. Estos tribunales son en realidad órganos administrativos, si bien el TJUE ha considerado que, a efectos de la Directiva de recursos, se trata de un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE¹⁷⁰².

El recurso especial se incorporó a la normativa española a través de la LCSP 2007 y es simplemente un recurso administrativo que fue necesario incorporar para dar cumplimiento a la exigencia de “recurso rápido y eficaz” de la Directiva 89/665 de recursos. Este recurso especial se configuró como un recurso de carácter precontractual lo cual llevó a la conclusión, no sin un interesante debate doctrinal de por medio, que la modificación contractual no podía ser atacada por esta vía¹⁷⁰³.

¹⁷⁰¹ Sobre el doble régimen de tutela ver S. Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, cit. En este sentido también E. Marín Albarrán, “Parámetros de control de la adjudicación de Contratos públicos en los nuevos órganos de Recursos contractuales”, *Revista de Estudios Locales*, vol. especial, 2013., p. 496; en ese artículo se lleva a cabo una comparación entre el control tradicional y el ejercido en base a los nuevos recursos.

¹⁷⁰² En la medida en que existe un procedimiento contradictorio, ciertas garantías de objetividad, imparcialidad, independencia y el carácter obligatorio de su jurisdicción - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-203/14; sobre el Tribunal central de recursos ver M. Pulido Quecedo, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Navarra, 2010.

¹⁷⁰³ A favor de incluir modificación en el recurso especial J. M. Baño León, “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, vol. 1, 2012., p. 150 M. A. Bernal Blay, “The Spanish Remedies System in Public Procurement: Strengths and Opportunities for Improvement”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2013., p. 127 cuestiona que el recurso especial no pueda ser utilizado; I. Gallego Córcoles, “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 113, noviembre, 2011. J. M. Gimeno Feliú, “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011., p. 241; En contra: S. Díez Sastre, “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, cit., p. 110.

Una de las razones que se dio para no otorgar la cobertura del recurso especial a la modificación contractual es que los propios recursos europeos no dan cobertura expresa a la modificación contractual por lo que no se trata de un objeto cubierto¹⁷⁰⁴. Esta la línea restrictiva fue la que se acabó imponiendo en la legislación. El Artículo 40 TRLCSP dice expresamente que,

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación¹⁷⁰⁵.

Dicho precepto sólo dejaba abierta la posibilidad de recurso especial contra modificaciones previstas en los pliegos, pero no contra aquéllas no previstas¹⁷⁰⁶.

Hubo que esperar a la llamada “cuestión de nulidad”, que es en realidad la transposición de la declaración de ineficacia, un remedio europeo contenido en la Directiva 2007/66 frente a determinadas infracciones que no se pudieron poner de manifiesto en la fase de adjudicación. Por su naturaleza post-contractual se convirtió en idóneo para perseguir las modificaciones irregulares. Este remedio de ineficacia contractual fue transpuesto al Derecho nacional a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Una transposición que ha sido calificada de “tardía”, “excesivamente literal” o de carecer de un orden sistemático adecuado. Estudiemos ahora el régimen jurídico de la cuestión de nulidad, no sin antes advertir que en el anteproyecto de 2015 se prevé que el recurso especial deje de ser exclusivamente “precontractual” lo cual posibilita que la “cuestión de nulidad” desaparezca y la pretensión de nulidad se instrumente a través del propio recurso especial. En todo caso, el régimen jurídico de esta petición de nulidad contractual se mantiene prácticamente intacto en el anteproyecto.

La cuestión de nulidad está regulada en los artículos 37 a 39 del TRLCSP, remitiéndose al sistema general en algunos puntos (así, la consecuencia de la invalidez), y a la regulación del recurso especial en otros (por ejemplo, en materia de procedimiento).

¹⁷⁰⁴ Resoluciones del TACP Madrid 17/2011 y 39/2011.

¹⁷⁰⁵ La Ley 3/2011 de contratos de Aragón en su artículo 12.bis sí permite la interposición frente a modificaciones contractuales previstas del recurso especial potestativo ante el TACP de Aragón.

¹⁷⁰⁶ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 112/2015, 6 febrero de 2015 y antes Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 12/2012, 23 mayo de 2012.

Antes de entrar a analizar este nuevo mecanismo de tutela, lo primero que debe aclararse es que, la cuestión de nulidad, a pesar de su nombre, no es más que un recurso administrativo que se interpone ante un órgano administrativo que goza de especial independencia. Un recurso administrativo que tiene carácter postcontractual en la medida en que su objeto son contratos ya celebrados o formalizados. Sirve para dar respuesta a los casos en que la actuación irregular en la fase de adjudicación o precontractual ha dejado sin posibilidad de acceder a los mecanismos de tutela habituales, o que, habiendo podido acceder a ellos, estos no se han respetado.

En cuanto a su carácter potestativo o preceptivo, nada se dice de manera expresa. Si acudimos por analogía a la regulación del recurso especial podríamos decantarnos por el carácter potestativo de la cuestión (art. 40.6 TRLCSP)¹⁷⁰⁷. Aceptar que se trata de un recurso potestativo implica que se pueda plantear recurso contencioso-administrativo por estas mismas causas y con las mismas pretensiones jurídicas (nulidad del contrato o sanciones alternativas o complementarias). Pero también se puede defender el carácter preceptivo de la cuestión, esto es, que para lograr la declaración de nulidad de uno de los contratos incurso en causa especial de nulidad, deberá interponerse cuestión de nulidad previa siguiendo los trámites establecidos, sin posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁷⁰⁸. Tampoco está claro el carácter exclusivo o no de la cuestión de nulidad, esto es, saber si en el caso de los contratos armonizados para combatir determinadas infracciones cabe solicitar la nulidad a través de los recursos administrativos ordinarios o a través de un recurso especial en materia de contratación¹⁷⁰⁹.

Debería optarse por el carácter preceptivo y exclusivo de la cuestión de nulidad. Se trata de un recurso especial configurado para satisfacer un equilibrio entre seguridad jurídica y cumplimiento de la legalidad. No puede considerarse agotada la vía administrativa sin haber interpuesto este recurso especial llamado “cuestión de nulidad”. El régimen privilegiado – rápido y efectivo- de la cuestión de nulidad viene acompañado de garantías tanto para el licitador como para la relación contractual entre contratista y ente adjudicador. Dos caras de

¹⁷⁰⁷ El anteproyecto de 2015 lo considera ya preceptivo.

¹⁷⁰⁸ En este sentido I. GALLEGU CÓRCOLES, “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, cit., p. 297.

¹⁷⁰⁹ S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, cit., p. 214 aplica analógicamente el artículo 40.5 TRLCSP para afirma que se trata de un recurso exclusivo como lo es el recurso especial.

la misma moneda que deben gozar de protección jurídica. Asimismo, la cuestión de nulidad debe ser considerada exclusiva, esto es, como el único mecanismo para defender la nulidad cuando concurren ciertas causas tasadas, en la medida en que se trata del único recurso que puede dirigirse contra el contrato ya formalizado. Por tanto, no cabe recurso administrativo ordinario, recurso especial en materia de contratación, ni recurso contencioso-administrativo cuando concorra una de las causas tasadas para interponer la cuestión de nulidad¹⁷¹⁰.

Plantea también problemas la relación entre recurso especial y cuestión de nulidad. En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES ha calificado a la cuestión de nulidad como “la prolongación más allá de la conclusión del contrato del recurso especial en materia de contratación”¹⁷¹¹, o como un recurso de carácter subsidiario frente al recurso especial¹⁷¹². En un sentido similar, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón considera a la cuestión de nulidad como un instrumento que sirve para reforzar los mecanismos de recurso especial, cumpliendo una función específica de complementariedad del recurso especial¹⁷¹³. Al respecto, la norma no hace alusión a la complementariedad ni a la subsidiariedad. Sólo señala que si se ha interpuesto un recurso especial sobre un acto de adjudicación considerado ilegal, y dicho recurso es desestimado, entonces ya no cabrá interponer cuestión de nulidad frente a la misma decisión¹⁷¹⁴. Se trata de evitar que la cuestión de nulidad se convierta en un mecanismo de revisión del recurso especial.

Por último, no puede olvidarse que a través del recurso especial puede pretenderse la nulidad de la adjudicación o de un acto de trámite cualificado, y que al considerar esta actuación nula ello arrastra a todo el contrato. En ese caso no se estaría interponiendo una cuestión de nulidad propiamente dicha (en el sentido del art. 37 TRLCSP), sino que sencillamente la estimación del recurso especial que anula la adjudicación puede acarrear la nulidad del contrato. Sería el caso de la interposición de recurso especial frente a una adjudicación irregular, solicitando la anulación de la misma, y que la propia resolución, en base al

¹⁷¹⁰ Por ejemplo, en la Resolución 99/2013 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 27 de junio de 2013 el Tribunal considera de oficio que estamos ante una cuestión de nulidad y no ante un recurso especial, que es como se había presentado el recurso.

¹⁷¹¹ I. GALLEGO CÓRCOLES, “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, cit., p. 296.

¹⁷¹² *Ibid.*, p. 297.

¹⁷¹³ Acuerdo 59/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 28 de octubre 2013 y posterior Acuerdo 1/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 8 de enero 2015.

¹⁷¹⁴ Así lo establece el artículo 39.2 TRLCSP: El órgano competente, sin embargo, podrá inadmitirla cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los arts. 40 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada.

principio *favor actionis* y de economía procesal, acumule a dicho recurso frente a la adjudicación la acción de nulidad –que no cuestión de nulidad- del contrato¹⁷¹⁵. Ello es una “opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no”¹⁷¹⁶.

Respecto a su ámbito de aplicación de la “cuestión de nulidad” se determina en el artículo 37.1 TRLCSP. Se trata de un recurso que, por un lado, se aplica sólo en unos contratos determinados, y, por otro, sólo cuando concurren causas concretas. Según el precepto, se podrá plantear cuestión de nulidad cuando se den ciertas causas tasadas en los i) Contratos sujetos a regulación armonizada (recogidos en los artículos 13 a 17)¹⁷¹⁷; y ii) en los contratos de servicio comprendidos en el Anexo II categorías 17 a 27 cuando su valor sea igual o superior a 207.000 euros¹⁷¹⁸.

Se deja fuera del ámbito de la cuestión de nulidad los contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Éstos sí están sujetos al recurso especial en materia de contratación. No se explica el motivo por el que se hace esta distinción ya que la cuestión de nulidad es también un mecanismo de origen europeo. Se trata de otro ejemplo claro de la fragmentación que sufre el sistema de recursos¹⁷¹⁹. Podría ser que se decidiese excluirlos del alcance de la cuestión de nulidad en la medida en que se trata de contratos en los que se gestiona un servicio público, y el posible funcionamiento de los servicios públicos es una de las razones que permiten excepcionar la declaración de nulidad, por lo que no tendría sentido poder interponer esta cuestión. Sin embargo esta postura no es la apropiada, incluso podría ser contraria a Derecho europeo, ya que considera que toda interrupción a un servicio público tiene la magnitud suficiente para ser razón imperiosa de interés general.

¹⁷¹⁵ Acuerdo 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 1 de octubre de 2013.

¹⁷¹⁶ Acuerdo 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 1 de octubre de 2013.

¹⁷¹⁷ Con la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, estos preceptos incluirán las concesiones de servicios, i.e la gestión de servicios públicos.

¹⁷¹⁸ Lo que en terminología comunitaria se conoce como “servicios no prioritarios”. Se incluyen con la idea de minimizar los riesgos frente a la doctrina de las obligaciones derivadas directamente del Tratado.

¹⁷¹⁹ I. GALLEGU CÓRCOLES, “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, cit., p. 277.

Las causas que permiten interponer cuestión de nulidad están estrictamente tasadas en el artículo 37.1 TRLCSP, precepto que recoge los mismos supuestos que la Directiva. Sólo analizaremos aquí el supuesto de nulidad por adjudicación directa ya que es el que se aplicaría a la modificación del contrato, que cuando es sustancial puede ser considerada como una adjudicación.

El artículo 37.1.a) recoge el supuesto de la adjudicación directa, esto es, cuando se haya adjudicado sin cumplir el requisito de publicación del anuncio de licitación. Si comparamos con la Directiva, la transposición es exacta¹⁷²⁰. Los casos de adjudicación directa son interesantes también porque pueden ser aplicados a la modificación de los contratos. Nada impide que una modificación fuera de los supuestos que contemplan la Directiva y la TRLCSP sea considerada como una nueva adjudicación, en cuyo caso sería una adjudicación ilegal que haría posible acudir a la cuestión de nulidad¹⁷²¹.

En los casos de adjudicación directa se establece que no procederá la declaración de nulidad si se dan conjuntamente las siguientes condiciones:

Que el órgano de contratación hubiese considerado que la adjudicación del contrato se encuadraba entre los casos en que no es necesaria su publicación.

Que publique en el DOUE un anuncio de transparencia previa voluntaria (ATPV) en el que se manifieste, entre otras cosas, la intención de celebrar el contrato, se exponga las razones por las que no se siguió el procedimiento ordinario, y se identifique al adjudicatario¹⁷²².

Que el contrato no se haya perfeccionado hasta pasados diez días de la publicación del ATPV.

Este mecanismo apenas se utiliza en España. Si antes decíamos que en Europa la utilización de ATPV se situaba en torno al 5-6% de los contratos adjudicados y licitados, en España la

¹⁷²⁰ Un ejemplo reciente de la aplicación de este supuesto es la Resolución 23/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 24 febrero de 2015; Mercabilbao SA adjudica sin publicidad un contrato al considerar que es una entidad jurídico-privada.

¹⁷²¹ S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, cit., p. 215; así lo han interpretado Tribunales Administrativos: Resolución 65/2013 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 17 de abril de 2013; Acuerdo 59/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 28 de octubre de 2013; Acuerdo 1/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 8 de enero de 2015.

¹⁷²² Dado que se trata de un mecanismo que excepciona el sistema de ineficacia establecido, la motivación del órgano de contratación para haber adjudicado directamente debe ser consistente, no siendo suficiente una explicación vaga. En caso de considerar que la explicación no es suficiente, los efectos deben ser los mismos que no haber publicado la ATPV; Así se pronuncia por ejemplo la guía de aplicación de la norma que transpone la Directiva de recursos en Reino Unido. Cfr. *Implementation of the Remedies Directives*, OGC Guidance, 2009.

media de utilización ronda el 1%. Entre 2010 y 2014, de los 47.859 contratos adjudicados, sólo se utilizó 457 veces¹⁷²³.

El artículo 39 de la “Interposición de la cuestión de nulidad” recoge los extremos relativos al órgano de recurso, la legitimación, el procedimiento y los plazos. Respecto al órgano de recurso, la ley se remite a la configuración de los órganos independientes y especializados creados por la Ley 34/2010¹⁷²⁴. Respecto la legitimación, ésta coincide con lo establecido para el recurso especial¹⁷²⁵. Por tanto, nos centraremos en las otras dos: plazos y procedimiento.

El procedimiento está recogido en el artículo 39.5, que se apoya en el procedimiento del recurso especial en materia de contratación que se encuentra en los artículos 44 a 49 TRLCSP, si bien introduce algunas especialidades. La iniciación del procedimiento se produce con la presentación de la cuestión de nulidad ante el órgano independiente de recurso, sin necesidad de anuncio previo ante el órgano de contratación. La presentación del escrito debe hacerse necesariamente ante el registro del órgano competente para la resolución del recurso (art. 44.3 TRLCSP)¹⁷²⁶.

En el escrito de interposición de la cuestión debe constar el acto de adjudicación (o de modificación en nuestro caso), el motivo en que se fundamenta la cuestión, los medios de prueba y las medidas cuya adopción se solicite. El contenido que debe acompañar a la cuestión de nulidad es el mismo que el del recurso especial (artículo 41.4 TRLCSP)¹⁷²⁷.

A diferencia del recurso especial en materia de contratación, la interposición de la cuestión de nulidad no produce la suspensión automática del procedimiento ya que el artículo 39.5

¹⁷²³ <http://ted.europa.eu/> (accedido el 19 de marzo de 2015).

¹⁷²⁴ Sobre órgano revisor, M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, cit.

¹⁷²⁵ La legitimación es una de las cuestiones más controvertidas de la contratación. Al respecto el completo artículo I. GALLEGU CÓRCOLAS, “Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 75, mayo, 2008.

¹⁷²⁶ Podrán utilizarse los medios contenidos en el procedimiento común, v.g registro en las Oficinas de Correos, pero a efectos de plazo la fecha que cuenta es la de entrada en el órgano de recurso. En este sentido hay sentencias con pronunciamientos contrarios entre sí. Parece que con el paso del tiempo se ha ido imponiendo la postura según la cual el recurso especial o la cuestión de nulidad deben plantearse ante el registro del órgano dentro del plazo. Así se pronuncia también el anteproyecto de LCSP cuyo borrador ha sido presentado en marzo de 2015.

¹⁷²⁷ Con la excepción del apartado e) ya que no es obligatorio anunciar interposición del recurso.

excepciona expresamente esta opción¹⁷²⁸. Esto tiene sentido si tenemos en cuenta que el fin último de la suspensión automática del procedimiento es evitar la formalización del contrato. En el caso de la cuestión de nulidad se trata de contratos en que la formalización ya se ha producido por lo que no existe esa urgencia. Ahora bien, ello no obsta para que no se puedan solicitar medidas provisionales, que deberán solicitarse expresamente, algo que se podrá hacer antes o después de interponer la cuestión de nulidad¹⁷²⁹. Al tratarse de un recurso que se da en caso de contratos ya formalizados, las medidas provisionales irán encaminadas a suspender el inicio de la ejecución del contrato. Dado que ya no existe la premura presente en el recurso especial, el plazo para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares se eleva de cinco a siete días hábiles.

Interpuesta la cuestión de nulidad, el procedimiento se rige por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ahora bien, habrá que tener en cuenta la especialidades del artículo 46 y del 39.5 TRLCSP. En primer lugar, el órgano de recurso notifica al órgano de contratación la interposición de la cuestión de nulidad y reclama el expediente administrativo. El órgano remitirá el expediente en los siguientes siete días hábiles¹⁷³⁰. Acompañando al expediente el órgano de contratación enviará el correspondiente informe en el cual debe explicar su actuación y, si así lo quiere, solicitar la aplicación de sanciones alternativas a la declaración de nulidad, i.e multa o reducción del plazo de ejecución del contrato. Como señala el artículo 46.3, una vez interpuesta la cuestión, el órgano de recurso dará traslado de ella también al resto de interesados, los cuales tienen cinco días para formular alegaciones. Normalmente estos interesados serán la empresa adjudicataria y, en su caso, el resto de licitadores apartados. Dentro de esos cinco días deberá también tomar una decisión al respecto de las medidas provisionales solicitadas.

Respecto a la prueba, se admite cualquier medio admisible en Derecho y debe versar sobre “los hechos relevantes para la decisión del recurso” (artículo 46.4). Podrá solicitarse por las partes o de oficio por el órgano de recurso cuando i) no tenga por cierto los hechos alegados; ii) la naturaleza del procedimiento lo exija. En caso de ser propuestas por las partes, el órgano de recurso podrá rechazarlas motivadamente. Y en todo caso su práctica debe anunciarse con

¹⁷²⁸ Se excepciona el artículo 45 TRLCSP que señala que “una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.”.

¹⁷²⁹ Ello en línea con el artículo 39.5.c) que hace referencia tanto al 43.2 como al 46.2. .

¹⁷³⁰ Artículo 39.5.d).

antelación suficiente a los interesados.

Una vez las partes han hecho sus alegaciones y se ha practicado la prueba, el órgano de recurso debe resolver motivadamente la cuestión de nulidad en el plazo de cinco días hábiles (47.1)¹⁷³¹.

La resolución del órgano independiente de recurso tiene carácter ejecutivo y, por tanto, debe ser cumplida por los poderes adjudicadores en sus propios términos. En cualquier caso la resolución podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente, generalmente la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia según se trate de resoluciones del TACRC o los órganos autonómicos equivalentes¹⁷³².

7.3.1.4. *La jurisdicción contencioso-administrativa*

Tras agotar la vía de los recursos administrativos, los damnificados pueden acudir a la vía contencioso-administrativa. Hay que tener en cuenta que la decisión de introducir una modificación al contrato es una decisión técnica y, como tal, no siempre es fácilmente revisable.

El problema de este mecanismo de control es el mismo que el de los recursos administrativos ordinarios: se trata de un control lento y muchas veces ineficaz ya sea porque el contrato está completamente ejecutado o porque no se otorga indemnización al no probar la parte actora su mejor derecho, “de modo que la sentencia dictada se limita a ser una declaración o reconocimiento de una situación sin consecuencia jurídica ninguna”¹⁷³³.

Además, hay que tener en cuenta que hasta ahora apenas se han interpuesto recursos de terceros ajenos al contrato, por lo que la jurisprudencia existente se centra en discutir

¹⁷³¹ La aplicación del artículo 47 a la cuestión de nulidad se produce en virtud del 39.5.

¹⁷³² También serán recurribles ante los TSJ las decisiones dictadas por el Tribunal Central en caso de convenio con la Comunidad Autónoma. En la práctica se ha dado algún caso en que un TSJ se ha declarado incompetente en favor de un juzgado provincial si se trata de un acuerdo municipal que no ha sido modificado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

¹⁷³³ Así E. MARÍN ALBARRÁN, “Parámetros de control de la adjudicación de Contratos públicos en los nuevos órganos de Recursos contractuales”, cit., p. 505. Afirmación de lo que el autor considera “jurisprudencia clásica”, ejemplificada por las SSTs de 20 julio 2009, 16 febrero 2010, 22 diciembre 2011, 7 de mayo 2012. Otra línea doctrinal, pero minoritaria, es la que refleja la STS 27 de mayo 2009, ar. 4517, que sí reconoce el derecho a ser adjudicatario.

aspectos compensatorios e indemnizatorios entre las partes, pero no la legalidad o no de la modificación¹⁷³⁴.

Por último, señalar que la jurisdicción competente para resolver las cuestiones relativas a la modificación del contrato dependerá tanto de la naturaleza de éste como la del órgano contratante. Si el contrato es administrativo, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 21.1 TRLCSP). Si el contrato es contrato privado será competente la jurisdicción ser la civil (art. 21.2 TRLCSP). Ahora bien, si es ante supuestos revisables por los Tribunales de recursos contractuales entonces será competente la jurisdicción contencioso-administrativa (así en el caso de contratos SARA de poderes adjudicadores).

7.3.1.5. *La jurisdicción contable*

Otro de mecanismo de reacción que suele pasarse por alto es de la jurisdicción contable, que le corresponde al Tribunal de Cuentas¹⁷³⁵ ya sea a través de i) procedimiento de reintegro por alcance, que comienza con un procedimiento de actuaciones previas de carácter reservado llevado a cabo por el Delegado Instructor (art. 72 LFTC); ii) un juicio de cuentas, que comienza con pieza separada al observar en el proceso fiscalizador posibles responsabilidades contables distintas del alcance, llevado a cabo por el Consejero Ponente; o iii) procedimiento administrativo de responsabilidad contable que haya sido avocado por el Tribunal (art. 3.e LFTC). Estudiaremos con detalle su régimen cuando veamos la responsabilidad contable como mecanismo de punición y reparación. Interesa ahora saber quién puede reaccionar frente a la existencia de posible responsabilidad contable. El artículo 55 y 56 LFTC establecen que están legitimados para exigir responsabilidad contable la Administración o entidad pública perjudicada y el Ministerio Fiscal. Además, y esto es interesante, todo ciudadano puede bien limitarse a plantear denuncia ante la Fiscalía del Tribunal o bien personarse a través de la acción pública, un recurso que ha sido realmente escaso en la práctica¹⁷³⁶.

¹⁷³⁴ Quizá la excepción sea la modificación a la baja, donde sí se cuestionan el correcto uso de los requisitos habilitantes (STSJ de Extremadura, Sala Contencioso-Administrativo, 22/04/2015 (Ar. 123307; MP: Segura Grau). O cuando se suprime una cláusula que permitía la venta en exclusiva de bebidas y alimentos en el Pabellón de un municipio (STSJ de Castilla y León (Burgos), Contencioso-Administrativo, 13/02/2015 (Ar. 82387; MP: Alonso Millán).)

¹⁷³⁵ Sobre la constitucionalidad de esta jurisdicción ver la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 215/2000, de 18 de septiembre de 2000, Ponente: Julio González Campos; EDJ. 2000/24857.

¹⁷³⁶ C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público”, *Revista española de control externo*, vol. 30, 2008., p. 48.

El propio Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podría formar pieza separada a raíz de su examen y comprobación de cualquier cuenta en un procedimiento de fiscalización descrito en los mecanismos de detección. En dicha pieza separada se aclararán los hechos y las responsabilidades (artículo 45 LFTC). Estas actuaciones previas se remiten a la Sala de Enjuiciamiento a efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas. Es por ello que no deja de sorprender observar como en los informes fiscalizadores del Tribunal de Cuentas se ponen de manifiesto irregularidades en la contratación relacionadas con la modificación y, sin embargo, ello no se ve reflejado en los procedimientos correspondientes.

La siguiente relación, elaborada por FERNÁNDEZ AJENJO se observa la fuente de la denuncia que pone en marcha el procedimiento de responsabilidad contable en el período 2005-2007. A raíz de los Informes de fiscalización del propio TCu se interponen 99 denuncias; de otros órganos equivalente, 140; y provenientes de la Justicia 125. Ello contrasta con las denuncias provenientes de la IGAE (3), de las Comunidades Autónomas (3) y de los Entes Locales (52). La acción popular fue utilizada en 18 ocasiones, y la denuncia particular en 143. Destaca la escasa labor de colaboración de la IGAE en la denuncia de estos casos – una actitud denunciada incluso por el Tribunal de Cuentas en su Memoria de 2005¹⁷³⁷.

En todo caso, cuando que tratemos los mecanismos de represión estudiaremos las consecuencias de estos procedimientos ante la jurisdicción contable.

En la mayoría de los casos relacionados con la modificación de contratos, el Tribunal de Cuentas considera que no estamos ante casos que revistan el carácter de alcance y por tanto se archiva la causa en base al art. 46.2 LFTCu¹⁷³⁸. Es difícil que se considere que existe responsabilidad contable cuando la modificación del contrato, aunque sea de gran magnitud, se haga amparada en documentos administrativos que constituyan soporte jurídico, “existiendo todos los documentos preceptivos que la legislación sobre contratación

¹⁷³⁷ Ver al respecto J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

¹⁷³⁸ Ver sobre el precepto el Auto del Tribunal de Cuentas de 30 de mayo de 2011.

administrativa” exige¹⁷³⁹. Asimismo, es difícil acreditar que la modificación irregular ha supuesto un daño real, efectivo e individualizado al patrimonio de la Administración. Y ello porque normalmente las modificaciones dan lugar “a prestaciones concretas por parte de contratistas reales e identificadas”¹⁷⁴⁰.

En otras coordenadas debe moverse la modificación tácita cuando ésta se refiera a dejar de poner en marcha mecanismos de penalización ante incumplimientos. En esos casos, y demostrado el incumplimiento, sí podría ser más sencillo entender que existe una responsabilidad contable.

También sería sencillo cuando esta omisión se refiera a ausencia de exigencia de responsabilidad a quienes hayan elaborado el proyecto.

7.3.2. Los interesados ante la modificación irregular

La tutela de los licitadores apartados y otros interesados ante una modificación sustancial, y la tutela del contratista que ve resuelto el contrato por imposibilidad de proseguir sin una modificación son dos ámbito apenas explorados y que merece la pena tratar. A ello dedicaremos las dos siguientes secciones.

Primero se repasan los mecanismos que tienen a su alcance los interesados. Estos mecanismos, debido a la naturaleza de nuestro sistema jurídico, son recursos administrativos resueltos por la entidad adjudicadora o por unos Tribunales especializados, según el recurso utilizado. Pero además veremos qué pretensiones pueden contener estos recursos, un *petitum* que dependerá de quién sea el actor.

Por un lado, si quien interpone el recurso es el contratista, éste lo hará en dos supuestos: i) que ha decidido aceptar la modificación y a cambio tiene derecho a una compensación por los costes que ello le supone; ii) que ante la imposibilidad legal de modificar el contrato, éste deba ser resuelto.

¹⁷³⁹ Auto del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección Enjuiciamiento, 01/03/2012 (Ar. 137771; MP: Corona Martín); se trata de un caso en que el Ministerio Fiscal solicita nombramiento de Delegado Instructor.

¹⁷⁴⁰ Ibidem.

Por otro, los competidores tanto pasados (licitadores apartados) como futuros (potenciales candidatos) podrán impugnar la modificación por considerar que se ha producido irregularmente –en este sentido no olvidemos que el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de impugnar una decisión aunque no se haya participado en el procedimiento de adjudicación¹⁷⁴¹.

7.3.3. La resolución del contrato debido a la modificación sustancial y la tutela del contratista: de opción a obligación *ex lege*

Hasta ahora hemos asumido que el contratista aceptaba la modificación unilateral del contrato, lo cual le otorgaba derecho a ser compensado e indemnizado. Ahora bien, nuestro Derecho tradicionalmente contempla la posibilidad de que el contratista no aceptase estas modificaciones.

En efecto, desde su origen el Derecho español de contratos ha protegido al contratista frente a la desorbitante potestad de la modificación unilateral. Así, si el contrato sufría una modificación que superaba ciertos límites se permitía al contratista no aceptarla. Los Pliegos de 1846 incorporaban por vez primera el mecanismo de resolución similar al hoy presente. Por un lado, el artículo 3 establecía que “ cuando semejantes variaciones alteren el proyecto de manera que en el precio total resulte una diferencia de la sexta parte en más o en menos, el contratista podrá, si le acomoda, abandonar su contrata, pero si derecho a ninguna indemnización”. Por otro, el artículo 35 permitía al contratista abandonar la contrata si derecho a indemnización alguna cuando la Administración variaba los trabajos en más de una sexta parte:

Si mientras sigue el curso de las obras y sin variar las bases de las contratas se dispusiese por la administración aumentar o disminuir los trabajos, el contratista estará obligado a ejecutar las nuevas órdenes que ésta le comunique al efecto, a no ser que se le haya autorizado para hacer acopio de materiales que queden sin emplearse, y con tal que las variaciones en más o en menos no excedan de la sexta parte del importe total de la contrata, en cuyo caso podrá, si le conviene, pedir la rescisión.

Al respecto, las palabras de COLMEIRO:

“sujetarse el Gobierno al proyecto primitivo con tal rigor que en nada pueda alterarlo, sería encerrarse en los límites de un compromiso que responde a necesidades variables, y tal vez

¹⁷⁴¹ STC 119/2008; 144/2008 : impugnar sin haber participado. No hay que olvidar el sentido amplio que se le da al concepto de legitimado como todo aquél que puede obtener ventaja o utilidad de la reparación pretendida (STC 729/2006).

despojarse de los medios convenientes a su satisfacción. Obligar al contratista a pasar por cualesquiera alteraciones no se compadece con la justicia. Compensar las diferencias resultantes con un aumento proporcionado de precios se presta al abuso, a siniestras interpretaciones, a desavenencias y litigios. Por otra parte, si las modificaciones salvan cierto límite razonable burlan los cálculos del capitalista. Lo mejor es concederle el derecho de pedir la rescisión y apelar a nueva subasta”¹⁷⁴²

Esta previsión se mantuvo en los Pliegos de 1861 (artículo 50), y en los de 1886 (artículo 49), si bien en estos últimos se aumentó la variación que debía aceptar el contratista hasta una quinta parte del valor inicial. La LCE entre las causas de resolución acoge esta posibilidad cuando “las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquel”. El RGCE de 1967 en su artículo 161 completaba la resolución del contrato con carácter potestativo para las partes:

La resolución del contrato será potestativa por parte de la Administración o del contratista cuando tengan lugar modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquél. En este caso cualquiera de las dos partes contratantes deberá allanarse a la resolución cuando la otra reclame su derecho a la misma.

Esta posibilidad alcanzó su mayor desarrollo tras la reforma de la LCE operada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado en el que se introdujo en el artículo 52.2 LCE de la modificación como causa de resolución la coletilla “... 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. Y en desarrollo de ésta, el RD 3410/1975, de 25 de noviembre concretó que “se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto” (artículo 161 RGCE 1975).

Esta redacción se incorporó en el texto de la LCAP (artículo 151 LCAP), si bien se introdujo un pequeño cambio al considerar que el 20% debía medirse respecto “del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación” en lugar de “el precio del contrato” a secas. Si hasta entonces se interpretaba que precio del contrato se refería al precio inicial, con independencia de las modificaciones que ya se hubiesen realizado¹⁷⁴³, a partir de entonces podía perfectamente interpretarse lo contrario.

¹⁷⁴² M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, cit., vol. t. II., p. 107.

¹⁷⁴³ 55444 31 octubre 1990; 1021 1 octubre 1991; 1508 10 febrero 1994.

En cierta medida parece que la redacción del artículo 153 RGCE 1967 para las obras complementarias se hubiese hecho extensiva a la modificación en este punto, sustituyéndose “precio del contrato” (que era interpretado como sinónimo de precio de adjudicación), por el del precio al momento de la modificación. Ello, dice HORGUÉ BAENA, hace más difícil alcanzar el 20%, por lo que se estaría minorando la garantía del contratista¹⁷⁴⁴.

Por tanto, la resolución del contrato podía ser una consecuencia de su modificación cuando así lo considerasen las partes¹⁷⁴⁵. Así pues, el contratista siempre ha estado blindado frente a modificaciones que pudieran alterar de forma considerable las condiciones pactadas en el acuerdo inicial. Ahora bien, hay que señalar que en la mayoría de las ocasiones el contratista es el primer interesado en que se lleven a cabo modificaciones en la medida en que ello genera actividad. La excepción es quizá la de las modificaciones a la baja¹⁷⁴⁶.

En el nuevo régimen de modificación contractual ya no hay un porcentaje que permita a las partes rescindir el contrato. Esta garantía de resolución ya no forma parte del acervo de derechos de las partes contratantes, sino que pasa a convertirse en una obligación. Cuando no se pueda llevar a cabo la modificación en términos legalmente establecidos deberá resolverse el contrato. Ello es así en el régimen general, artículo 105 TRLCP:

“(…) En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.”

Y en el régimen administrativo, artículo 223.g TRLCSP:

¹⁷⁴⁴ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 117.

¹⁷⁴⁵ Esta postura de resolución como opción de las partes sólo se vio cuestionada con la redacción del artículo 54 RCCL. La legislación local indujo a mayor confusión todavía cuando el RCCL 1953 en su artículo 54 afirmaba que se podían modificar las prestaciones “siempre que no se altere, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte...”. Dicho precepto fue criticado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA al entender que en ningún caso podía aceptarse que el precepto fuese un límite a la modificación. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, cit., p. 275-276; El Tribunal Supremo compartió la interpretación del autor al respecto. Vid. STS de 9 de abril de 1985 (ar. 2858); STS 31 diciembre 1985, ar. 6408. Nos remitimos ahora a la sección de “Límites” donde hemos hablado de ello.

¹⁷⁴⁶ Por ejemplo, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, 03/2013, de 16 de enero de 2013 en el que el contratista interpone recurso por la reducción sustancial que sufre el contrato de vigilancia que tiene suscrito con la Administración. Unas modificaciones a la baja del 20,79%, lo cual supera el 10% establecido en el TRLCSP. Y solicitan que se deje sin efecto la reducción propuesta o que se declare que no pueden ser superiores al 10% del contrato. El órgano revisor falló considerando que el contratista no está legitimado para interponer recurso especial, sino que al tratarse de una disputa inter partes habrá otros cauces para resolverla.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

El TRLCSP configura así una auténtica imposibilidad legal de continuar el contrato. Una imposibilidad que resulta en una resolución *ex lege* del contrato, que por su carácter es ajena a la voluntad de las partes. De no resolverse el contrato la modificación subsiguiente quedaría viciada¹⁷⁴⁷. Pero, ¿cuál es la naturaleza jurídica de dicha resolución? A no ser que se demuestre lo contrario la responsabilidad por la causa de resolución no recae en ninguna de las partes. En cierto modo cuando la norma habla de imposibilidad de continuar lo que parece estar haciendo referencia es a la “frustración del fin del contrato”. Una frustración en la que ya no cabe la modificación del contrato en base a cualquiera de las doctrinas conocidas –*rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión, etc. Ya no cabe la modificación porque existe una imposibilidad legal de llevarla a cabo. Imposibilidad que aboca a la resolución del contrato. Y se aboca a ello en la medida en que el fin último (el interés general) se ha demostrado inalcanzable a través del presente contrato. Ahora bien, parece claro que no estamos ante el desistimiento unilateral de la Administración por razones de interés público, causa de resolución que tendría efectos indemnizatorios mayores¹⁷⁴⁸.

Respecto a los efectos, la imposibilidad de continuar tendrá distintos efectos según a quién sea imputable la actuación. Si el contratista no tiene responsabilidad alguna, habrá que devolver la garantía. Además, habrá que compensar al contratista por la obra ejecutada, que hay que abonarla para no caer en enriquecimiento injusto, e indemnizarle por los daños y perjuicios, lo cual, según el principio de integridad, incluye el daño emergente y el lucro cesante. El artículo 225.5 TRLCSP establece:

5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del art. 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista¹⁷⁴⁹.

Es interesante la doble previsión del precepto. Se fija una cuantía fija como concepto de indemnización, si bien no queda claro si dicho porcentaje incluye la cuantía total a la que

¹⁷⁴⁷J. C. GRIS GONZÁLEZ, “El Ius Variandi en la contratación pública: clases de modificaciones y límites”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 163, 2013., p. 30.

¹⁷⁴⁸ La doctrina de la resolución por desistimiento unilateral ver Dictamen 1208/2008 del Consejo de Estado

¹⁷⁴⁹ Introducido por LES [su efecto es pagar el 3% de lo que se deje sin realizar: art. 225.5].

puede aspirar el contratista, o sólo se refiere al lucro cesante. La respuesta parece ser la primera, esto es, que lo que se pretende es limitar la indemnización, es decir, introducir *ex lege* una cláusula penal limitatoria de la indemnización de daños y perjuicios. Ello no obsta para que dicha cuantía se calcule utilizando como base lo que queda pendiente por ejecutar¹⁷⁵⁰. Esta limitación no opera sin embargo en los contratos privados en la medida en que nada se dice allí sobre los efectos de la resolución por imposibilidad de continuar la ejecución sin introducir modificaciones sustanciales. Habrá que estar por tanto a las reglas generales de indemnización de daños y perjuicios.

Por ejemplo, el caso de un contrato de rehabilitación de estructura de un edificio consistorial. El presupuesto de licitación son 74.479 euros, y se adjudica por 55.114. Sin embargo, ante las dudas generadas por el proyecto se plantea la posibilidad de modificarlo en 58.829, esto es, más del doble. Ante la imposibilidad legal de hacerlo, se decide resolver el contrato¹⁷⁵¹. El contratista entiende que la resolución era realmente un desistimiento unilateral de la Administración, y pide el 6% de lo no ejecutado que fija el TRLCSP. La Administración, sin embargo, considera que se debe aplicar la causa de resolución del art. 223.g) TRLCSP, que fija el 3%. El Consejo de Estado resuelve que “no hay un desistimiento municipal, sino que la resolución se debe a la imposibilidad de llevar a cabo las soluciones técnicas diseñadas en el proyecto. En efecto, un informe técnico especializado ha puesto de relieve importantes deficiencias, que exigen para su corrección nuevos trabajos (punto quinto, letra b), de antecedentes). Su cuantía ha sido determinada por otro informe técnico, esta vez municipal, que ha concluido que tales trabajos tendrían un precio superior al de licitación del contrato (punto quinto de antecedentes). Tal es el verdadero motivo de la decisión municipal, que se ajusta por tanto al artículo 223, párrafo g), antes transcrito, de la Ley de Contratos del Sector Público. (...) Como ni la Administración local afirma que la causa sea imputable a la contratista, ni existen motivos para sostenerlo en el expediente, la indemnización de este

¹⁷⁵⁰ Una interpretación que pondría en duda la aquí dada es la ofrecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (rec. 4600/2001) o la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (rec. 5179/2005): “El concepto de beneficio industrial ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado de obtener no el importe total del contrato o su precio. Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración. Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento. Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación”.

¹⁷⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado, 563/2015, de 2 de julio de 2015.

precepto ha de ser reconocida y satisfecha”.

Dicha indemnización sólo se otorgará cuando la causa que ha llevado a la imposibilidad legal no sea imputable al contratista (“...la causa sea imputable al contratista”). No se utiliza la expresión del 225.3 (...”incumplimiento culpable del contratista...”), sino una versión más objetiva: no es lo mismo que se trata de una causa imputable a que se trate de culpa del contratista. Un concepto, el de culpa, que en el Derecho administrativo de contratos incorpora el de omisión de la diligencia exigible.

Por ejemplo, será un caso habitual de causa imputable el de la necesaria modificación por errores en el proyecto cuando ha sido el contratista el que elaboró éste¹⁷⁵². Así, el TSJ de Extremadura señala que,

“Respecto de las partidas relativas a movimientos de tierra, mayor volumen de excavación, mayor cantidad de rampas y curvas o realización de un nuevo muro de hormigón para contención de tierras debe tenerse presente que, la recurrente fue la autora del proyecto, de ahí que si no lo redactó acorde con las circunstancias del terreno, tal deficiencia es un defecto que no le es imputable sino a ella misma, teniendo a su vez presente que, en el acta de comprobación del replanteo, no formularon ningún tipo de observación, que en su caso debieron llevar a cabo, de acuerdo con lo previsto en los arts. 140 y 147 del RCAP. Debe tenerse también en cuenta que el propio perito de la recurrente no cuantifica en su informe con detalle estas operaciones, al haber quedado ocultos o en situación de difícil determinación”¹⁷⁵³

La imputabilidad no se refiere sólo a la causa de la modificación sino también las circunstancias en las que ésta se produjo. Por ejemplo, aun siendo una causa de fuerza mayor o un riesgo imprevisible, si ésta afectó al contrato debido a la mora del contratista entonces la resolución será imputable a él.

En todo caso, el reconocimiento de ese porcentaje en concepto de indemnización continúa la línea de nuestro Derecho más reciente. Hasta la introducción de esta nueva causa de resolución, la manera en la que se resolvía un contrato contrario al interés público era el desistimiento unilateral¹⁷⁵⁴. Como señaló HORGUÉ BAENA cuando la Administración decidía que es mejor no modificar el contrato y optaba por resolver el contrato. Se trataba

¹⁷⁵² Ejemplo en STS, Sala Tercera, 17/05/2012 (Ar. 6818; MP: Juan José González Rivas).

¹⁷⁵³ STSJ de Extremadura, sec. 1ª, 27/05/2005 (EDJ.105568; MP: Mercenario Villalba Lava), FJ 3º

¹⁷⁵⁴ R. GUERRERO ANKERSMIT, “Desistimiento y modificación de contratos: el artículo 223 g)”, *Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013. lleva a cabo el deslinde entre esta resolución y el desistimiento unilateral.

realmente de una forma de desistimiento unilateral del contrato por razón de interés público¹⁷⁵⁵. Por ello se otorgaba el lucro cesante que consistía en el beneficio industrial dejado de percibir, es decir en el 6% de lo que quedaba por ejecutar¹⁷⁵⁶.

Esta distinción tiene hoy todavía su importancia en la medida en que si la contratista es capaz de demostrar que no se dan las causas para la resolución por imposibilidad legal de modificar el contrato, entonces se estará produciendo el desistimiento unilateral del contrato – con un régimen distinto según el tipo de contrato¹⁷⁵⁷. Por ejemplo en el Dictamen 86/2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid sobre la posible resolución de un contrato de Servicios de limpieza de la Universidad Politécnica de Madrid. La Universidad, debido a la situación económica, quiere reducir el importe en un 50%, pero el contratista se opone por improcedente. El órgano consultivo considera que no se está ante el 223, sino ante un desistimiento unilateral, y lo hace de manera tajante:

“(…) la alegada imposibilidad de modificar el contrato, en realidad, no es más que un subterfugio empleado por la Administración consultante, cercano al fraude de ley, para acudir a la resolución contractual por la causa del artículo 223.g), toda vez que la rebaja del precio propuesta no va acompañada de una correlativa reducción de las prestaciones del servicio de limpieza contratado.

En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración regulada como causa de resolución contractual del contrato de servicios en el artículo 308.b) del TRLCSP”.

En el mismo sentido el Consejo de Estado ha recordado en su Dictamen 318/2012, de 19 de abril, que para la aplicación de esta causa de resolución ha de estarse a las causas de su introducción, de tal forma que “(…) Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración.”

En todo caso, el órgano de contratación debe acordar la resolución del contrato a través de

¹⁷⁵⁵ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 128.

¹⁷⁵⁶ STS 16 julio 1991, ar. 6340; STS 30 dic 1983, ar. 6843; Dictámen 50461 CE 12 de noviembre de 1987.

¹⁷⁵⁷ Contrato de obras (art. 237), de suministros (art. 299), de servicios (308).

un acto motivado en el que exponga las razones que le llevan a ello. Dicho acto debe reflejar los efectos de dicha decisión tanto en lo que a compensaciones se refiere como en torno a la decisión de volver a licitar. No olvidemos que el artículo 225 TRLCSP contiene una posible solución al problema que puede plantear la interrupción de la ejecución y es la posibilidad de volver a licitar a través del procedimiento de urgencia y de obligar al contratista a seguir ejecutando hasta que se formalice el nuevo contrato:

225.6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del art. 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

En el periodo que transcurre entre el acuerdo de resolución y la formalización del nuevo contrato, el contratista queda obligado a adoptar las medidas oportunas “para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado”. Si no existiese acuerdo sobre la remuneración, el órgano de contratación puede imponer determinadas medidas. Así, el precepto señala que “a falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles”.

En relación a la re-licitación es interesante plantearse si cuando el contratista vuelve a ser adjudicatario tendrá o no derecho a la indemnización por lucro cesante.

Respecto al procedimiento, como todo procedimiento de resolución no se trata de un mero incidente de ejecución del contrato sino de un procedimiento autónomo y reglado¹⁷⁵⁸. La resolución se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista (art. 224). Siempre habrá que dar audiencia al contratista y será preceptivo el informe del Consejo de Estado cuando se oponga el contratista (art. 211)¹⁷⁵⁹. El artículo 109 RLCAP establece que,

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2

¹⁷⁵⁸ Así STS 28 junio 2011, rec 3003/2009.

¹⁷⁵⁹ Si no existe oposición no será necesario. Vid. STS 26 de marzo de 2012, rec 57/2010.

de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

Aunque no se prevean plazos al respecto, la jurisprudencia ha entendido que el procedimiento tiene un plazo de caducidad de tres meses¹⁷⁶⁰.

En el seno de este procedimiento es donde debe liquidarse el contrato y acordar las compensaciones e indemnizaciones que correspondan. Por ello, el contratista no puede interponer una acción de responsabilidad patrimonial por este motivo, sino que en caso de estar disconforme deberá impugnar la resolución del procedimiento de liquidación¹⁷⁶¹.

Una salida para estas situaciones es la resolución por mutuo acuerdo, en la que se fijen las compensaciones pertinentes. Así ocurre en el siguiente Dictamen 1647/1991 del Consejo de Estado, en el que además se examinan los requisitos para llevarla a cabo:

II.- Esta resolución por mutuo acuerdo no suscita objeción alguna. No existen causas para la resolución por culpa del contratista; lo que ha ocurrido es que el terreno no resulta apto para la construcción, surgiendo dificultades de cimentación, que han obligado a la suspensión de obras temporal parcial, y a la redacción y aprobación de un reformad; mas, al reanudar los trabajos, no se han evitado los problemas de cimentación. Estudiados éstos y realizados sondeos, se ha llegado a la conclusión que aconseja el cambio de solar como salida más segura y económica para la Administración, con resolución del contrato. Aparecen, por tanto, razones de interés público que hacen inconveniente la permanencia del contrato y fundamentalmente aconsejan, si no imponen, su resolución. Así se cumple lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento General de Contratación.

III.- Las consecuencias de la misma son: la devolución de la fianza (apartado primero del artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado, a contrario sensu) y la necesidad de proceder a la recepción de las obras, única y definitiva, según el artículo 178, segundo apartado, del Reglamento General de Contratación citado; así como pasar a su liquidación (artículo 53 in

¹⁷⁶⁰ STS 22 marzo 2012, rec. 6034/2009; en contra el Dictamen Consejo de Estado 1873/2008 de 23 de diciembre de 2008. A favor de este plazo de caducidad el Dictamen Consejo de Estado 1423/2011 de 15 de septiembre de 2011 (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.2 LPAC).

¹⁷⁶¹ Ejemplo de inadmisión de acción de responsabilidad patrimonial frente a resolución de contrato de concesión por ser declarado nulo en STSJ de Madrid, 9 septiembre 2014, núm. 635/2014 (Ar. 292514; MP: Aparicio Mateo).

fine de la Ley de Contratos).

La empresa contratista ha renunciado "al lucro cesante e indemnizaciones posibles", facilitando el mutuo acuerdo resolutorio.

La propuesta deja para expediente contradictorio la valoración de los gastos indirectos no amortizados por el contratista, por lo que no es éste el momento de pronunciarse sobre ello.

Desde luego, la contrata ha expuesto su conformidad con la medición de obras realizadas por la Dirección facultativa¹⁷⁶²

Dado que existe un deber de las partes de resolver su nexo contractual, hay que considerar qué ocurre si se produce el incumplimiento de esta obligación. Ambas partes conocen las causas y el valor del modificado, por lo tanto están en la obligación de instar la resolución. Si no lo hiciesen y el contrato se declarase nulo, no debe concederse indemnización alguna al contratista, más allá de lo ya ejecutado. Como señaló la jurisprudencia decimonónica, no procede indemnización al contratista por anulación de los contratos celebrados con infracción de la ley, en tanto que ésta es conocida por el licitador al presentar su proposición (Sentencias de 15 de abril de 1867, 10 de agosto de 1880)¹⁷⁶³. DELGADO Y MARTÍN y ARRIAGA la consideran una postura justa cuando la ilegalidad es manifiesta, pero no cuando viene de una falta de la Administración, como puede ser la omisión de un informe. Más próximo en el tiempo también el Consejo de Estado ha considerado que si la causa resolutoria opera por ministerio de la Ley, y no existe culpa de las partes, no procederá indemnización alguna al contratista¹⁷⁶⁴.

7.3.4. La tutela del tercero ante modificaciones irregulares.

Una de las posibles soluciones que se han apuntado como medio para contribuir a la superación del problema es la que hace referencia al papel de terceros interesados como mecanismo de control. Esta posibilidad ha sido tradicionalmente inexistente y sólo recientemente excepcional. Sin embargo, ello puede comenzar a cambiar gracias a dos circunstancias que caminan de la mano. Por un lado, el incremento de los requisitos de transparencia (normativa europea y nacional). Por otro, la interpretación amplia que se le puede dar al concepto de interés legítimo y por ende de legitimación activa ante la modificación de un contrato público.

¹⁷⁶² Dictamen del Consejo de Estado, 1647/1991, de 19 de diciembre de 1991.

¹⁷⁶³ E. DELGADO MARTÍN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 149.

¹⁷⁶⁴ Dictámen Consejo de Estado 47222 de 17 enero de 1985.

En primer lugar, partamos de lo más habitual: la legitimación de un licitador apartado que participó en la adjudicación inicial y comprueba que la modificación tiene el efecto de adulterar dicha adjudicación inicial. Ésta es precisamente el área de protección que se ha extendido en el Derecho europeo y estadounidense: la protección a la licitación inicial y, por tanto, a quienes formaron parte de ella. Por ejemplo, cuando una empresa que había participado en la licitación interpone recurso frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benidorm que aprueba la modificación del contrato de gestión de servicio público de la estación de autobuses al entender que éste se produce “amparándose en la falaz interpretación de que concurrían causas imprevistas, entra de lleno en el fraude ley, pues las supuestas causas imprevistas fueron perfectamente conocidas antes de la adjudicación del contrato al ser puestas de manifiesto por la Dirección General de Transportes de la Generalitat Valenciana, así como por la propia actora”¹⁷⁶⁵. La parte demanda opone causa de inadmisibilidad por falta de legitimación. Sin embargo, la Sala considera que una sentencia estimatoria podría beneficiar a la actora, ya que, como ella misma asegura, la resolución del contrato original daría lugar a una nueva licitación.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la adjudicación la doctrina mayoritaria de los Tribunales de recurso niega la legitimación de los licitadores que fueron excluidos antes de la adjudicación (TCRC nº 37/2015, de 14 de enero) o que no obtendrían el contrato en todo caso (TCRC nº 442/2015, de 14 de mayo)¹⁷⁶⁶. Por tanto, aplicando esa restrictiva doctrina a la modificación, la parte actora deberá probar que hubiese obtenido el contrato en la licitación pasada.

En segundo lugar, yendo un paso más allá, el caso de terceros interesados que no participaron en la licitación inicial, pero que i) lo hubiesen hecho si llegan a conocer las condiciones del contrato una vez modificado; ii) lo harían si se convocase una nueva licitación. Por ejemplo, en el famoso asunto Sogecable, varias cadenas se personan en el procedimiento de modificación de la concesión administrativa para la prestación del servicio público de televisión en gestión indirecta a Sogecable, modificación que le permitía emitir en abierto. En ese asunto el Consejo de Estado señala,

“Según el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se consideran interesados en el procedimiento administrativo, además de quienes lo promuevan, "c) aquellos cuyos intereses

¹⁷⁶⁵ STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 23/10/2007 (Ar. 78422; MP: Rafael Pérez Nieto).

¹⁷⁶⁶ Hay doctrina reconociendo legitimación al excluido: TCRC nº 357/2014, de 9 de mayo.

legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva". Este parece ser el supuesto que aquí se contempla, aunque quepa poner en duda hasta qué punto les afecta directamente a Antena 3 Televisión, S.A., Gestevisión Telecinco, S.A., Sociedad Gestora de Televisión Net TV., S.A. y Veo TV, S.A., que son los terceros que se han personado en el expediente, la resolución que se adopte. Pero no hay que olvidar que la jurisprudencia (aunque referida a la legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo) ha sido cada vez más aperturista reconociendo la legitimación a los titulares de un interés propio, personal o colectivo, distinto del de cualquier ciudadano, para que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el sector en que ellos operan. Este reconocimiento amplio de la legitimación ha sido también admitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de primera instancia de 16 de marzo de 2004, siempre dentro del ámbito jurisdiccional; y es también el criterio de este Consejo, en contra de lo alegado por Sogecable, pues estima que los terceros que se personaron en este procedimiento tienen un interés legítimo, aunque no sea directo."

La jurisprudencia aquí no es unánime, y hay casos en que ante una modificación se niega la legitimación para impugnarla a una empresa ya que "tendría que haber podido – y querido – comparecer en el proceso contractual y formulado en él sus ofertas"¹⁷⁶⁷. Algo imposible si se tiene en cuenta que la empresa recurrente se constituyó diez años después del procedimiento de contratación. La única vía que parece dejar abierta el Tribunal es la de que la recurrente hubiese probado que en realidad se estaba adjudicando un nuevo contrato, algo que no ocurre en tanto que la modificación, provocada por cambio o revisión del instrumento de planeamiento, estaba prevista en los pliegos.

En tercer y último lugar debe estudiarse si tienen legitimación suficiente los terceros que no son licitadores pasados o potenciales, sino que presentan otro tipo de interés. Es el caso de las asociaciones de usuarios, concejales, grupos políticos, etc¹⁷⁶⁸. En términos generales, se va consolidando una doctrina de la legitimación entendida en su sentido amplio, lo cual permite ver casos como la impugnación por parte de un concejal de un acuerdo de modificación de un contrato de limpieza viaria¹⁷⁶⁹. También en este sentido hay casos en que el Grupo oposición impugna el acuerdo de pleno¹⁷⁷⁰, o la Federación de Municipios¹⁷⁷¹, o

¹⁷⁶⁷ STS, Sala Tercera, 05/07/2013 (EDJ.120969; MP:Maurandi Guillén) acoge argumentación de la instancia.

¹⁷⁶⁸ Por ejemplo, Esquerra Unida del País Valencià y la Asociación de Ecologistas en Acció en el asunto STS 14 enero 2013, rec. 214/2010 ECLI:ES:TS:2013:25.

¹⁷⁶⁹ STS, Sala Tercera, 04/05/2005 (EJ. 71616; MP:Antonio Martí García); También un concejal en STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/10/2008 (EDJ.292130; MP:José Manuel de Soler Bigas) : se declara su nulidad de pleno derecho ; STS, Sala Tercera, 27/02/2008 (EDJ 2008/13741; MP:Enrique Lecumberri Martí).

¹⁷⁷⁰ STS, Sala Tercera, 25/05/2006 (EDJ 2006/83915; MP:Santiago Martínez-Vares García).

¹⁷⁷¹ STS, Sala Tercera, 30/04/2001 (EDJ 2001/28576; MP: Francisco Trujillo Mamely).

incluso la Diputación¹⁷⁷². Así ocurre en la impugnación de un acuerdo de modificación de concesión de un parking¹⁷⁷³. La parte demandada alega falta de legitimación de la parte actora en la medida en que no fue licitadora del contrato original, apoyándose en determinada jurisprudencia en este sentido. Sin embargo, la Sala entiende que, a pesar de que ese es el criterio general en materia de contratación, en este caso debe reconocer la legitimación ya que la parte actora había iniciado los trámites para la construcción de un parking cercano, y consideran que la modificación que ahora se realiza es en verdad un nuevo contrato (cambio de emplazamiento, modificación de diseño, modificación de régimen de funcionamiento, cambio en urbanización de la planta de superficie, se aumenta el presupuesto, etc). La Sala entiende que la parte actora no impugnó las bases de la convocatoria ni participó en la misma porque se habían redactado en “términos deliberadamente imprecisos con el fin de ocultar la verdadera intención de la Administración, que no era otra que evitar la participación de empresas distintas de la que, a la postre, resultó adjudicataria”. Por tanto, la falta de impugnación y participación en el procedimiento inicial se debió a la propia actuación administrativa¹⁷⁷⁴.

Junto a la legitimación, otra de las cuestiones que debe afrontarse *a priori* es la del plazo que tienen los terceros para poder impugnar un acuerdo de modificación. Como no se dice mucho al respecto en la legislación de contratos, habrá que aplicar las reglas generales, salvo excepciones que enseguida comentaremos.

Respecto al *dies a quo* debe entenderse éste desde el momento en que el actor conoció o pudo haber conocido de la modificación del contrato. Este momento será la publicación de la modificación, publicación a la que vienen obligado los entes adjudicadores en algunos casos por mandato de la Directiva europea y por algunas leyes autonómicas de transparencia o de contratos. La LTAIBG estatal no parece imponer plazos para cumplir la obligación de publicar. Ahora bien, sin publicación (motivada por la legislación de contratos o por la de transparencia) no comienza a correr el plazo para interponer recurso. Además, debe hacerse en términos adecuados que permitan al interesado conocer si un posible recurso tendría base. Por ejemplo, si se publican los datos de la modificación del contrato sin publicar la

¹⁷⁷² STS, Sala Tercera, 16/10/2003 (EDJ 2003/111247; MP: Maurandi Guillén).

¹⁷⁷³ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García).

¹⁷⁷⁴ Se apoya en lo establecido en la STC 119/2008, de 13 de octubre, FJ 5.

motivación, difícilmente servirá como elemento que dé comienzo al plazo.

Es por ello que hay que aplaudir la medida tomada por algunas normas autonómicas de notificar la modificación a todo el que participó en la licitación. Ello reduce enormemente la inseguridad jurídica que genera un sistema que es poco transparente a la hora de actuar, pero cuyo fondo garantista le obliga a mantener la opción del recurso abierta. Como ha dicho recientemente el Tribunal Supremo, la notificación irregular no afecta a la validez del acto administrativo “sino meramente a su eficacia (y al comienzo en su caso de los plazos para impugnarlo)”¹⁷⁷⁵.

Asimismo, habrá que tener en cuenta además el principio de *in dubio pro actione*. Ejemplo de ello es el siguiente caso, en que existen dudas sobre la notificación del acuerdo de modificación a uno de los licitadores apartados de la adjudicación inicial. Es interesante notar que la sentencia considera a dicho licitador como “sujeto interesado” en el procedimiento de modificación:

Es importante tener presente que la hoy actora, como integrante de una de las UTEs participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato, era sujeto interesado el referido Acuerdo de 28-3-2003, por el que el Ayuntamiento dispone modificar -ya veremos en qué medida- los términos originales del contrato adjudicado a otra participante.

La codemandada que alega extemporaneidad se cuida de señalar el dies a quo a partir del cual habrían de contarse los plazos legales de interposición de los correspondientes recursos administrativo o contencioso-administrativo. Ello parece deberse a que no consta si el referido Acuerdo municipal fue notificado al representante de la UTE que integraba a la actora, o bien a la propia actora. En tales circunstancias, en atención a lo dispuesto en el art. 58.3 LRJAP y PAC, hay que entender que la fecha de notificación fue la de la interposición del recurso de reposición, por lo que debemos rechazar la alegación de extemporaneidad.¹⁷⁷⁶

Una vez que el interesado ha conocido o ha podido conocer de la modificación, entonces habrá que estar a los plazos que establecen los diferentes mecanismos de recurso antes estudiados. Los recursos administrativos ordinarios deben interponerse en el plazo de un mes (después sólo quedará la opción de instar la revisión de oficio). Por su parte, dentro del conjunto de recursos especiales transpuestos del Derecho europeo el recurso administrativo especial a utilizar en el caso de modificaciones irregular sería el de la cuestión de nulidad. En lo que respecta a los plazos, habrá que estar al plazo fijado en el artículo 39. Por un lado,

¹⁷⁷⁵ STS 17 julio 2013, rec. 472/2012.

¹⁷⁷⁶ STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 23/10/2007 (Ar. 78422; MP:Rafael Pérez Nieto).

el 39.3 fija un plazo de 30 días desde i) la publicación del anuncio de adjudicación del contrato, un anuncio que debe incorporar las razones por las que no se publicó la licitación en el DOUE. También 30 días desde ii) la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su candidatura o proposición y de las características de las del adjudicatario. Por otro, el 39.4 establece un plazo máximo de seis meses desde la formalización del contrato pasado el cual la acción de nulidad prescribe. Se trata de un plazo máximo para que la acción de nulidad prescriba (el llamado *cut-off period*) con el fin de dotar de seguridad jurídica al sistema. Más allá de ese plazo no será posible interponer la cuestión de nulidad. Hay que notar que ni la Directiva, ni el TRLCSP exigen la publicación de la formalización del contrato para que comience a correr el plazo de prescripción de seis meses. Es decir, que se fija un plazo máximo de seis meses desde la formalización superado el cual la modificación ya no podrá ser atacada a través de este recurso.

Por último, respecto a las medidas cautelares, éstas deben solicitarse en el momento de impugnar la resolución. Ya hemos visto como el recurso especial no tiene cabida por lo que la suspensión automática a él aparejada tampoco lo tendrá. Un ejemplo de solicitud de medidas provisionales en materia de modificación es el conocido caso de Acciona y Aguas de Barcelona. La actora, Acciona, primero pide la suspensión cautelar del acuerdo del Consejo Metropolitano del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) de 6 de noviembre de 2012 por el que se aprueba definitivamente el establecimiento del sistema de gestión del servicio público del ciclo integral del agua mediante una sociedad de capital mixto, bajo la modalidad de convenio con la sociedad existente y, en particular, instó la suspensión del procedimiento de contratación del socio privado de esa sociedad de economía mixta. Pero se le deniega tanto en instancia como en casación. Por ello decide ampliar su recurso contra el acuerdo del Consejo Metropolitano del AMB de 21 de mayo de 2013 por el que se aprueban "precisiones interpretativas no sustanciales referentes al establecimiento del ciclo integral del agua" y pide nuevamente la suspensión de cualquier actuación para la ejecución del contrato. Pero se le deniega en instancia por lo que interpone nueva casación, fallada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2015 (EDJ: 2015/136600; Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva). Acciona argumentaba que se introdujeron ese acuerdo de 21 de mayo de 2013 introdujo cambios en un contrato administrativo ya adjudicado que infringían los artículos 105.1 y 223 g) TRLCSP. Considera que,

“el nuevo acuerdo afecta al interés general vinculado al respeto de las reglas de la competencia en la adjudicación de los contratos y de las ayudas (aún encubiertas) públicas; que la

modificación suponía la desaparición del interés público justificador del contrato inicial habida cuenta de que excluye el abastecimiento en alta con lo que desaparecen las ventajas que la memoria vinculaba al mismo; que mantener la ejecutividad del acuerdo implicaba atribuir ventajas a la codemandada en daño irreparable a la competencia y con pérdida de la finalidad legítima del recurso; y que, según la modificación del contrato, una eventual liquidación de la sociedad de economía mixta supondría la legalización de la codemandada por subsanar las deficiencias de sus títulos concesionales”.

Las demandadas consideran que dicho acuerdo no introdujo innovación alguna, pues el acuerdo interpretativo confirma algo que ya se sabía: que las instalaciones de abastecimiento no formaban parte del servicio inicialmente acordado.

La Sala de instancia denegó la cautelar porque “no apreciaba la apariencia de buen derecho en la pretensión de ACCIONA y porque cuanto ésta alegaba sobre la posible legalización de la codemandada y sobre la modificación que se habría operado en el régimen del contrato eran cuestiones ligadas al fondo del litigio que no se pueden afrontar en sede cautelar. Tampoco advirtió *periculum in mora* e hizo notar, a propósito de la ponderación de intereses, que en el momento en que se pronunciaba no había motivos para dudar de la presunción de que el establecimiento proyectado favoreciera el interés público. Consideró que, de acordarse la suspensión, ello no supondría necesariamente una convocatoria pública a posibles prestadores del servicio. Entre los argumentos utilizados para desestimar el recurso de casación, la Sala vuelve a incidir en que “la recurrente pretende que nos pronunciemos sobre extremos que forman parte del fondo de la controversia”.

Bajo esta argumentación parece difícil que se acepte la suspensión cautelar de un acuerdo de modificación del contrato en la medida en que su legalidad siempre irá ligada al fondo del asunto.

7.3.5. Consecuencias de la invalidez de la modificación

7.3.5.1. *La invalidez de la modificación*

Antes de comenzar nuestra exposición hay que circunscribir el objeto de ésta a la modificación contractual. Ello quiere decir que en los casos que ahora estudiamos la tacha de nulidad o anulabilidad acaba recayendo sobre la modificación, no sobre el contrato inicial.

Otra cosa será que una vez declarada nula la modificación del contrato se llegue a la conclusión que la declaración de nulidad de dicha modificación conlleva la obligación del

contrato por entenderse que las partes han incumplido la obligación de resolver el contrato por imposibilidad de continuar la ejecución. Por ejemplo, cuando se pone en marcha la revisión de oficio de una modificación nula, “al no tratarse de un acto preparatorio del contrato, ni de la adjudicación en sí misma, no llevará aparejada la nulidad del mismo contrato, que continuará desplegando sus efectos como si la modificación nunca se hubiera producido, siempre que sea posible, debiendo optar por la resolución del contrato en otro caso, tal y como previene el artículo 223 g) TRLCSP”¹⁷⁷⁷.

En esa línea, se podría partir del artículo 105 TRLCSP, en el que se establece como límite el hecho de que las partes sólo introduzcan “las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”. Así pues, las partes han introducido el mínimo posible de modificaciones para poder continuar el contrato. Ninguna ha considerado que se trataba de una modificación sustancial. Sin embargo, pasado el tiempo llega una resolución judicial que considera dicha modificación nula por haber superado los límites impuestos. Esa declaración supondrá también una vulneración de esta causa obligatoria de resolución en la medida en que existía una imposibilidad legal de modificar el contrato, incluso con las menores modificaciones posibles.

Además, otra línea argumental podría ser la de entender que una modificación sustantiva tiene elementos de novación extintiva que pone fin al contrato inicial y da lugar a un nuevo contrato, por lo que todo el conjunto debe ser declarado nulo.

Así pues, aunque en las siguientes secciones nos centremos en la nulidad de la modificación, no habrá que perder de vista que ésta podría (o debería) suponer también la del propio contrato.

Por ejemplo, cuando en una concesión se aprueba una modificación que cambia por completo el régimen de ésta. Una de los licitadores inicialmente apartados la impugna, y la Sala considera que las modificaciones “son de un calado tal que impiden considerar que estemos ante una mera modificación del segundo. Tratamos de un contrato de concesión nuevo, por lo tanto de una nueva adjudicación, dispuesta a partir de la otra oferta por parte la adjudicataria del contrato original, oferta que fue considerada, negociada, tramitada y

¹⁷⁷⁷ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 18/2013, 25 de septiembre de 2013

aceptada al margen de los procedimientos de concurrencia legalmente establecidos, impidiéndose con ello que otros interesados pudiesen presentar ofertas ante las nuevas condiciones de contratación dispuestas por el Ayuntamiento”. En la parte dispositiva de la sentencia considera que “Debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Acimtur Residencial" S.L. por no ser la Resolución impugnada conforme a Derecho, y anulamos dicha Resolución”. Es decir, que en puridad se está anulando sólo la modificación¹⁷⁷⁸.

Una cuestión relacionada con la modificación es qué ocurre si lo que se declara nulo no es la modificación, sino el contrato inicial. Si entendemos, como ha hecho el Conseil d'État francés, que contrato inicial y modificado forman un todo indisoluble, entonces habrá que defender la nulidad del modificado¹⁷⁷⁹. No es ésta la postura adoptada por el Tribunal Supremo español, al menos de manera tangencial en la reciente Sentencia de 21 de marzo de 2013 (rec. 2710/2012; MP: Espin Templado). En dicho asunto se acepta que la instancia haya anulado un proyecto de construcción y a la vez haya admitido la aprobación del proyecto de modificación. Es un caso especial en la medida en que dicha modificación lo que hace es subsanar el proyecto inicial para subsanar una contradicción con el ordenamiento urbanístico. Señala que “... tampoco es admisible el argumento del recurrente que habiendo sido anulada la primera resolución, el proyecto inicial no podría ser ya modificado. El hecho es que la declaración de nulidad es declarada por la misma Sentencia que examina de forma conjunta y simultánea ambas resoluciones y esta circunstancia le permite a la Sala de instancia entender que la anulación del proyecto primero no conlleva necesariamente la invalidez de la modificación del mismo, tanto más cuanto que la modificación rectifica precisamente, como ya se ha indicado, la causa de la nulidad de la primera resolución aprobatoria del proyecto. Tan solo si en la modificación se hubiese causado indefensión al recurrente habría de ser anulada la misma, pero más por esta circunstancia que por la alegada improcedencia del procedimiento empleado”.

Dicho todo lo anterior, en las próximas líneas trataremos de elaborar un mapa de la invalidez de la modificación contractual. Invalidez que, según la voluntad del legislador, tendrá uno u

¹⁷⁷⁸ STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 23/10/2007 (Ar. 78422; MP: Rafael Pérez Nieto). Confirmada en STS, Sala Tercera, 05/12/2012 (Ar. 83; MP: José Díaz Delgado).

¹⁷⁷⁹ Arrêt núm. 98169 del Conseil d'État, de 8 de diciembre de 1976 (Entreprise du Littoral-Nord) ; Arrêt núm. 175256 del Conseil d'État, de 20 de febrero de 1998 (Ville de Vaucresson).

otro efecto según el caso. Sirva ya de aviso que la invalidez del modificado y sus consecuencias son independientes de quién ponga en marcha el procedimiento. Así, no importa que sea un tercero el que la persiga o que sea el propio contratista, v.g típico en las modificaciones a la baja.

Decía JÈZE que “una buena teoría de la nulidad debía conciliar el interés general, el interés de los patrimonios particulares o administrativos afectados por el acto jurídico y el interés de los terceros”¹⁷⁸⁰. Tratemos de estudiar si ese enunciado se cumple en nuestro caso. Por de pronto, la legislación no prevé un régimen de nulidad específico para la modificación contractual (arts. 105-108 TRLCSP). Por ello, se acude a la aplicación analógica del régimen de invalidez de los contratos¹⁷⁸¹.

El artículo 31 TRLCSP establece que los contratos de las Administraciones públicas (administrativos o privados), así como los contratos SARA serán inválidos cuando:

- i) En los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado
- ii) Cuando sea inválido alguno de sus actos preparatorios
- iii) Cuando sea inválido el acto de adjudicación

Es decir, que se produce el arrastre de la invalidez de estos supuestos al propio contrato. En el caso de la modificación se puede decir lo mismo: serán inválidas las modificaciones contractuales cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en ellos alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil a que se refiere el propio texto. Ello va en línea con la tradición española, “en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no”¹⁷⁸².

Entre las causas de nulidad de Derecho administrativo (art. 32 TRLCSP) se establecen las siguientes:

a) Las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

¹⁷⁸⁰ G. JEZE, “Essai d’une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, vol. 30, 1913., p. 295-296.

¹⁷⁸¹ En este sentido se pronunciaba L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit., p. 610.

¹⁷⁸² Acuerdo 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 1 de octubre de 2013

Dentro de las causas de nulidad del artículo 62.1 LPAC, son relevantes para la modificación del contrato tanto la nulidad de los actos “dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o del territorio” (b), “los que tengan un contenido imposible” (c), los “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados” (e) y “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” (f). También podría tener repercusión a medio plazo la nulidad que se refiere a actos “que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta” (d), siempre que los casos penales por modificación contractual aumenten.

Además, de los vicios procedimentales ya comentados, hay otros supuestos interesantes. En especial cuando el acto de modificación puede estar viciado por su contenido. Será el caso en que la modificación se lleve a cabo sin haber concurrido los requisitos para ello o habiendo superado los límites establecidos. En esos casos, siguiendo la LPAC habrá que dilucidar si nos encontramos ante un vicio de nulidad (posiblemente será el art. 62.1.f “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”); o bien en un supuesto de anulabilidad.

Asimismo, además de cuando se prescinda del procedimiento¹⁷⁸³, también serán nulas de pleno derecho las modificaciones sustanciales¹⁷⁸⁴ ya que una modificación sustancial debió ser una nueva licitación.

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60.

La capacidad de obrar o la solvencia económica son requisitos para contratar que se comprueban en la fase de selección de los licitadores. Lo mismo ocurre con la comprobación de la concurrencia de alguna prohibición para contratar. Estos requisitos deben mantenerse durante la vida del contrato, esto es, durante su ejecución. Dado que no suele ocurrir que el

¹⁷⁸³ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 57/00, de 5 de marzo de 2000.

¹⁷⁸⁴ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 18/2013, 25 de septiembre de 2013.

órgano contratante compruebe de manera constante que estos requisitos se cumplan, la modificación del contrato sería un buen momento para actualizar dicho cumplimiento. Ello se agilizaría a través de una declaración responsable.

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Entre los trámites que debe seguir la modificación del contrato uno de los más importantes es el de la comprobación de la existencia de crédito adecuado y suficiente, trámite llevado a cabo por la intervención, que emite un certificado a tal efecto. Se trata de un presupuesto de validez y eficacia del acto —en este caso la modificación— por lo que ante su inexistencia debe plantearse reparo suspensivo en la fiscalización posterior lo que conlleva imposibilidad de aprobar el modificado hasta que éste se haya solventado. Si aun así se aprobase, éste será nulo de pleno derecho.

Por ejemplo, en el ámbito local este precepto tiene su correspondencia en el artículo 173.5 del TRLRHL, que establece que "No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar".

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. ¹⁷⁸⁵

Esta causa de nulidad es muy interesante en lo que a la modificación respecta. Se trata de una especialidad en materia de contratación que supone una puerta abierta a través de la cual del Derecho de la competencia penetra en la legislación de contratos, con el fin siempre de proteger de manera efectiva el principio de libre competencia.

Parece que una modificación irregular puede ser por sí misma una ventaja a la empresa que ha contratado previamente con la Administración ya que le evita tener que volver a

¹⁷⁸⁵ Añadida por Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

presentarse a la licitación. Entendido así, la modificación será nula de pleno derecho.

Anulabilidad

Respecto a la **anulabilidad**, el art. 33 TRLCSP afirma que son “causas de anulabilidad las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el art. 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, que a su vez establece que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder” (art. 63 LPAC). Habrá, a su vez, que estar al art. 67 LPAC sobre convalidación.

La figura de la desviación de poder es una creación del Consejo de Estado francés que recibió su consagración legislativa en España a través del artículo 83.3 de la LJCA de 1956: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico”¹⁷⁸⁶. Se permite así a la jurisdicción controlar que la Administración se ciñe a sus fines. Esta construcción pasó a nuestra Constitución, que en su artículo 106.1 CE expresamente considera a la Administración sometida a los fines que la justifican. La vigente Ley Rituaria también recoge la desviación de poder en su artículo 70.2 LJCA: se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico¹⁷⁸⁷.

Pensemos ahora en la aplicación que podría tener esta construcción en el control de la modificación del contrato. Dado que la mayoría de las modificaciones se celebran a través de la potestad de modificación (*ius variandi*) el campo de aplicación de la desviación de poder es grande. Por ejemplo, que se acuerde la modificación sin que exista un interés

¹⁷⁸⁶ Sobre la desviación de poder, mucho se ha escrito en España desde el clásico artículo de MARTÍN-RETORTILLO, S., “La desviación de poder en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, vol. 22, 1957.; después vendrían CLAVERO ARÉVALO, M., “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 30, 1959. SÁNCHEZ ISAC, J., *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, 1973.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1974.; CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004.

¹⁷⁸⁷ La aplicación de la desviación de poder es escasa por varias razones, según la profesora Carmen CHINCHILLA: 1) Porque los Tribunales la consideran una técnica de aplicación subsidiaria, siendo incompatible con la alegación de ilegalidad del acto; 2) Porque se aplica con mucho rigor, siendo muy difícil probarla; 3) Se ha abusado de su utilización para acceder a una segunda instancia; 4) Algunos autores añaden el que en el pasado se extendiera una concepción ética de la desviación de poder. CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004., p. 194-194.

público detrás de ello, sino sólo el interés de compensar por una oferta extremadamente baja. Así, se utiliza una potestad (modificar unilateralmente el contrato) para un fin (compensar al contratista) no perseguido en la norma habilitante del ejercicio de la potestad. O también cuando se utiliza una potestad (modificar) para un fin (adjudicar nuevo contrato)¹⁷⁸⁸.

Sin embargo, ocurre que la jurisprudencia suele exigir “un ánimo predeterminado” en el funcionario que ejerce la potestad con otro fin que no es el que determina la ley. Como señala la profesora CHINCHILLA, “si la Administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización será el control de los hechos determinantes”¹⁷⁸⁹. Así, como veremos que ocurre en el Derecho penal, se eleva un muro muchas veces insalvable que convierte a la figura de la desviación de poder en un instrumento escasamente utilizado. La carga de la prueba recae sobre el actor y en pocas ocasiones podrá éste probar ese ánimo de desviación y la finalidad realmente perseguida¹⁷⁹⁰. De ahí que se haya planteado por la doctrina la inversión del *onus probandi*¹⁷⁹¹.

En este sentido, han surgido voces que defienden una objetivización en la aplicación de la desviación de poder¹⁷⁹². Esa objetivización pasa, por ejemplo, por asumir que los casos de desviación de poder no tienen por qué ser síntoma de inmoralidad, siendo la ley el único parámetro aplicable¹⁷⁹³. Por tanto, no sería necesario probar la conducta o intención sino sencillamente el hecho de que se ha producido una desviación¹⁷⁹⁴.

Un ejemplo de desviación de poder en un caso de modificación contractual se puede

¹⁷⁸⁸ En este punto sería interesante profundizar en el estudio de la llamada “desviación de procedimiento”. CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004., p. 178.

¹⁷⁸⁹ CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004., p. 127.

¹⁷⁹⁰ Y si consigue probarlo habría que preguntarse qué separa la desviación de poder del delito de prevaricación y su coletilla “a sabiendas”. En mi opinión cabe diferenciarse a través de la exigencia de la jurisdicción penal de una arbitrariedad grosera; arbitrariedad que quizá en la desviación de poder no tiene por qué aparecer.

¹⁷⁹¹ CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004., p. 216.

¹⁷⁹² E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1999.

¹⁷⁹³ La concepción ética de la desviación de poder es una de las causas de su uso tan restrictivo según J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1974., p. 305.

¹⁷⁹⁴ La reciente jurisprudencia parece adoptar una postura menos rígida respecto a la prueba sobre la intención de los actos. Ahora se exige prueba del vicio meramente suficiente (STS 17 nov 2009; 9 de julio 2013; 14 de marzo de 2014; resumen: en la STS 23.12.10, rec 2970/2006).

encontrar en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García). El asunto comienza con la desestimación presunta de recurso de reposición contra el acuerdo del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se aprueba la modificación del contrato de concesión de un aparcamiento subterráneo junto a un hospital. En esta se señala que:

Podemos traer a colación la STS de 18-3-2011 (RJ 2011, 2194) , que dice "La desviación de poder ha de apreciarse, no sólo, como parece defender la entidad local recurrente, cuando se acredite que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito, inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino que también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso. Recordemos que el artículo 70.2 de la LJCA exige, para que se aprecie la desviación de poder, que el ejercicio de la potestad sirva a" fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

(...)

En el caso presente, la finalidad real de hacer, toda, esta modificación ha sido solucionar un problema económico que tenía pendiente el ayuntamiento, por sus propios errores, al haber paralizado el aparcamiento ante diversas protestas, al haber dejado que el Clínico ocupase su parcela con unos depósitos y al no haber reaccionado tampoco dando alternativas eficaces, al tiempo que la propia EPSA eludía sus propias responsabilidades.

Consecuencias de la nulidad

Una vez que la modificación es declarada nula, hay que plantearse si es aplicable análogicamente el artículo 35 que recoge los efectos de dicha declaración de nulidad.

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Al referirse a la nulidad de “actos preparatorios” o de la “adjudicación” no está claro que sea aplicable a la modificación. Sólo ocurrirá eso si se considera la modificación sustancial como la adjudicación de un nuevo contrato.

Dicho precepto da preferencia a la nulidad absoluta *ex tunc*, al optar por la liquidación y restitución de lo hasta entonces satisfecho. Ahora bien, a la vez reconoce que esto no será siempre posible por lo que adopta una postura de nulidad *ex nunc*, es decir, la liquidación del contrato y la compensación por lo realizado. Además, se establece en cualquier caso la parte que resulte culpable deberá indemnizar con daños y perjuicios.

En puridad si el acuerdo de modificación del contrato se declara nulo se debe optar por la nulidad absoluta de carácter retroactivo. Se vuelve por tanto al momento en que se plantea la necesidad de modificación, lo cual implica que el régimen contractual vuelve a ese estado inicial. Se podrá intentar modificar el contrato de nuevo a través de una modificación que se encuentra dentro de los límites legales. De no ser posible se deberá resolver el contrato. Ello será posible si la ejecución de la modificación no ha comenzado, pero difícilmente se podrá alcanzar si ya está ejecutada. En esos casos no queda más remedio que entender que se aplica una nulidad *ex nunc*, es decir, una nulidad absoluta acompañada de una indemnización de carácter cuasi-contractual para evitar el enriquecimiento injusto (lo que el artículo 35 llama “si no esto no fuera posible se devolverá su valor”). Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276; MP: Javier Albar García), que anula exclusivamente el acuerdo de modificación, y deja la posible determinación de responsabilidad para el momento en que ésta se produzca (entiende que la parte actora, que pretendía abrir un parking cerca de la concesión de aparcamiento ilegalmente modificada debe medir el impacto de esa modificación ilegal a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial pertinente : “una cosa es que sea ilegal la modificación y otra que haya una directa relación entre dicha ilegalidad y un perjuicio de las recurrentes”).

Además, el artículo 35.3 TRLCSP permite que a la vez que se declara la nulidad se establezca la continuación temporal del contrato como medida transitoria que evite graves trastornos al servicio público. Por ejemplo, en el caso de un contratista que recurre la modificación de su propio contrato –le impide explotar en exclusiva la venta de bebidas y alimentos en un pabellón-, la Sala considera que no concurren los requisitos y anula el modificado, por lo que “al anular la modificación, el contrato debe cumplirse sin tener en cuenta esta modificación”¹⁷⁹⁵.

Las causas especiales de nulidad

Además del conjunto de causas hasta ahora recogidas, también hay que hacer alusión a las causas especiales de nulidad que recoge la llamada “cuestión de nulidad” a la que ya hemos hecho referencia al tratar los mecanismos de reacción ante la modificación de los contratos. En especial tiene relevancia la que hace referencia a la nulidad de la adjudicación directa de

¹⁷⁹⁵ STSJ de Castilla y León (Burgos), 13/02/2015 (Ar.82387; MP: Alonso Millán).

un contrato, en la medida en que determinada línea doctrinal equipara la modificación sustancial a la existencia de un nuevo contrato.

Recordemos que las consecuencias de la declaración de ineficacia del contrato son remitidas por las Directivas al Derecho interno, imponiendo un claro límite: “La concesión de una indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada a los efectos del presente apartado” (art. 2 sexies apa 2).

El artículo 38 TRLCSP, que regula las “Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad en los supuestos del artículo anterior”, comienza con una remisión al régimen general que recoge el antecitado artículo 35.1 TRLCSP. Ahora bien, se trata de una regulación parcial en la medida en que sólo se remite el primer apartado del artículo 35. La remisión, por tanto, no integra ni la nulidad de los actos que no sea preparatorios (35.2)¹⁷⁹⁶, ni la amortiguación de efectos de la nulidad en favor de la continuación provisional del servicio afectado (35.3)¹⁷⁹⁷. La razón es sencilla: el propio artículo 38 TRLCSP contempla un régimen propio para excepcionar la regla común.

Recordemos que el artículo 35.1 lleva a cabo una opción en favor de la nulidad *ex tunc*, ya que obliga a la restitución de lo dado, y sólo si esta no es posible, entonces, se aplicara la nulidad *ex nunc*, de ahí que diga que “si esto no fuese posible [la restitución de las prestaciones] se devolverá su valor”¹⁷⁹⁸.

El Tribunal podrá estimar la cuestión de nulidad, pero declarar a su vez que por razones imperiosas de interés general no procede la nulidad del contrato. El artículo 38.2 TRLCSP, siguiendo de manera casi literal a la Directiva, permite excepcionar la declaración de nulidad si concurren razones imperiosas de interés general. Este concepto de “razones imperiosas de interés general” es un concepto de Derecho europeo que debe interpretarse como tal, esto es, como lo interprete el Derecho europeo y particularmente el Tribunal de Justicia¹⁷⁹⁹. La

¹⁷⁹⁶ 2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

¹⁷⁹⁷ 3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

¹⁷⁹⁸ Como veremos, este régimen no es compatible con las Directivas en la medida en que la nulidad *ex nunc* no va acompañada de otras sanciones. Las sanciones del 38.3 son de carácter alternativo a la declaración de la excepción por razones imperiosas de interés general.

¹⁷⁹⁹ De esta manera, los Estados quedan desapoderados para interpretar el concepto “razones imperiosas de interés general”. El Consejo de Estado, en su Dictamen 499/2010 sobre el anteproyecto de Ley 34/2010 criticó

legislación nacional establece que i) Debe tratarse de circunstancias excepcionales; y que ii) los intereses económicos no se pueden tener en consideración. Ahora bien, sí se tienen en cuenta cuando la declaración de nulidad diese lugar a “consecuencias desproporcionadas”, lo cual impone una carga de la prueba que si se interpreta conforme al Derecho europeo será muy rigurosa. Con la excepción de que, en ningún caso serán razones imperiosas de interés general “los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad”.

La propia Directiva considera que serán razones imperiosas cuando por razones técnicas “sólo el operador económico a quien se haya adjudicado el contrato pudiera llevar a cabo en esa fase las obligaciones contractuales restantes” (considerando 23 de la Directiva).

Además, si se decide mantener los efectos del contrato debe publicarse en el perfil del contratante la resolución por la que se acuerde mantener los efectos del contrato (artículo 38.2 TRLCSP), algo que no viene impuesto por la Directiva sino que es una encomiable aportación del Derecho nacional.

En estos casos debe sustituirse la declaración de nulidad del contrato por las sanciones alternativas correspondientes (artículo 38.3 TRLCSP). El órgano independiente de recurso podrá elegir entre las siguientes, reguladas en el mismo artículo 38: i) La imposición de multas al poder adjudicador de entre el 5 y el 20 por 100 del precio de adjudicación; ii) la reducción de la duración del contrato, que debe ir acompañada del lucro cesante en favor del contratista cuando la infracción no le sea imputable. En ambos casos la ley limita la discrecionalidad administrativa al establecer criterios que debe tener en cuenta el órgano de recursos, tales como la reiteración, el porcentaje del contrato ya ejecutado y el daño causado a los intereses públicos o a los licitadores.

Como señala DÍEZ SASTRE, el sistema parece reflejar que las sanciones alternativas se condicionan a su solicitud por el órgano de contratación como una manera alternativa a la

que no se utilizase una expresión “de más raigambre en la tradición jurídica española”. Sin embargo, en mi opinión la utilización de esta expresión es positiva en la medida en que remarca el carácter europeo del concepto.

ineficacia. En la Directiva parece claro que es el órgano encargado de resolver la cuestión de nulidad el que debe imponer estas sanciones cuando decida renunciar a declarar la nulidad absoluta del contrato¹⁸⁰⁰. Si el Tribunal decide otorgarle efectos *ex tunc* a la nulidad, esto es, que los efectos de la nulidad sean retroactivos, entonces habrá que estar a lo que establece el artículo 35: deberán “restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo”¹⁸⁰¹. La declaración de nulidad absoluta, además de obligar a la liquidación del contrato, también debe pronunciarse sobre la licitación. Lo puede hacer en dos sentidos. Obligar a que se lleve a cabo una nueva licitación (será el caso de la adjudicación directa), o imponer la retroacción de actuaciones al momento de la infracción (el caso de la vulneración del plazo suspensivo o de la suspensión automática). No cabe aquí la obligación de adjudicar a un tercero, ya que ese no es el objeto de la declaración de nulidad¹⁸⁰².

Ahora bien, también podría ocurrir que el contrato se declarase nulo, pero se establezcan efectos *ex nunc*, esto es, prospectivos. Este supuesto se diferencia de los anteriores porque aquí no se produce la restitución de las cosas a su origen, pero tampoco se mantienen los efectos a futuro, sino que se mantiene los efectos pasados, aunque el contrato debe igualmente entrar en liquidación, siendo la compensación por las prestaciones la consecuencia inmediata (artículo 35).

En caso de aceptar esta posibilidad de nulidad con efectos prospectivos, la Directiva impone que se adopten sanciones complementarias a la declaración de nulidad del contrato. Estas sanciones deben siempre acompañar a la declaración de nulidad cuando esta no sea absoluta o retroactiva sino parcial o prospectiva. Es decir, que se compensa con estas sanciones el hecho de que se mantengan los efectos pasados del contrato. No debe confundirse esta opción (de nulidad prospectiva del contrato) con la de permitir que el contrato se siga ejecutando sin declarar su nulidad. Eso sólo es posible, como se ha dicho, cuando hay

¹⁸⁰⁰S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, cit., p. 218.

¹⁸⁰¹ Las reglas para la restitución serán las que establece el Código Civil (artículos 1303 a 1307 CC). J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “La invalidez de los contratos públicos”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004., p. 395.

¹⁸⁰² Recordemos que ésta sí es una posibilidad en el recurso especial en art. 47.2: “...Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del art. 151”. En este sentido Acuerdo 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 1 de octubre de 2013.

razones imperiosas que permiten excepcionar la propia declaración de nulidad.

Ahora bien, el legislador español no prevé este tipo de sanciones complementarias, lo cual supone una infracción del ordenamiento europeo.

Se traza por tanto una división entre los supuestos de estimación de la cuestión de nulidad y sus efectos sobre el contrato (no declaración de nulidad del contrato, declaración de nulidad retrospectiva y nulidad prospectiva). Así pues, dentro de la libertad que daba la Directiva a los Estados Miembros, España ha optado por un teórico sistema de nulidad retroactiva que sólo en casos puntuales (razones imperiosas de interés general) podrá ser excepcionado por el mantenimiento de todos los efectos del contrato acompañada de sanciones alternativas o por la nulidad *ex nunc*, acompañada de sanciones complementarias.

Al margen de las consecuencias de la declaración de nulidad el órgano de recurso debe pronunciarse sobre las medidas cautelares, si se hubiesen concedido, y sobre la existencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso, en cuyo caso multará al recurrente con una multa de entre mil y quince mil euros. Este extremo no está claro y ya se ha producido un fallo judicial que considera que la sanción impuesta por mala fe o temeridad no se aplica a la cuestión de nulidad, sino que pertenece al ámbito del recurso especial (artículo 47.5 TRLCSP)¹⁸⁰³.

7.3.5.2. *El contratista ante la declaración de nulidad de la modificación*

Supongamos que estamos ante el escenario en el que se ha declarado nulo un acuerdo por el que se modificaba un contrato en la medida en que supone una modificación sustancial. En esos casos nos movemos en el ámbito del enriquecimiento sin causa que antes estudiamos. Ocurre, sin embargo, que mientras que antes nos centrábamos en los casos de modificaciones de facto, sin cobertura jurídica, ahora es momento de hacer lo propio con las modificaciones cuya cobertura jurídica, aunque existente al comienzo, se desvanece por ser declarada nula. El contratista en estos casos tiene derecho a ser compensado por los trabajos realizados. Antes de nada es necesario conocer si se considera que estamos ante obligaciones contractuales o extracontractuales.

¹⁸⁰³ Sentencia núm. 6/2015 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 8 de enero de 2015 (Ar. 37925; MP: Escanilla Pallas) que resuelve recurso interpuesto frente a la resolución 344/2013 del TACRC.

En el ámbito de una adjudicación declarada nula el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011 señala que, “por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento”. Y continua señalando que,

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma.

En sentido contrario, el Tribunal Supremo entendió que nos movemos en el ámbito de lo extracontractual cuando acepta la concurrencia de enriquecimiento sin causa ante un modificado no aprobado, pero sí ejecutado, pero niega que se le pueda aplicar la revisión de precios¹⁸⁰⁴. La Administración reconoce la obligación adquirida para evitar el

¹⁸⁰⁴ STSJ Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 16/09/2014 (Ar. 265339; MP: Felipe Fresneda Plaza); cita la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2014 (rec. 687/2012).

enriquecimiento utilizando para ello la normativa presupuestaria (en este caso, los arts. 116 y 266 de la Ley 2/2006 de 3 de mayo de la Hacienda y del Sector Público de Castilla y León). Sin embargo, aunque se haga ese reconocimiento, se considera que el modificado se ha desarrollado al margen del contrato:

La conclusión establecida en aquella sentencia deberá reiterarse ahora y ello aunque las pretensiones ejercitadas en el procedimiento en que recayó aquella y el presente sean distintas -intereses y revisión de precios-, pues la premisa previa para su reconocimiento en ambos casos es que se trate de modificaciones contractuales realizadas en la forma establecida en la legislación contractual, no generándose como acontece en el presente caso al margen de ella. Por ende, por un elemental principio de unidad de doctrina, las conclusiones sentadas en aquella sentencia respecto al carácter de la modificación contractual han de compartirse en el presente procedimiento, considerando, así, que se trata de obras realizadas al margen del procedimiento de modificación contractual previsto en la legislación de contratos.

Citando otras sentencias, el fallo encuentra su base en entender que,

En definitiva se está ante un contrato nulo de pleno derecho, por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley. En consecuencia, según la normativa del último artículo citado, las partes deben resarcirse o restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido. Se añade además en el precepto que la parte culpable debe indemnizar a la contraria de daños y perjuicios.

A la vista del mencionado artículo de la Ley, y toda vez que resulta evidente y palmario para esta Sala que se estaba ante un contrato nulo, en efecto debe considerarse que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tenía el carácter de compensación o indemnización, dándose en el supuesto las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(...)

Ciertamente los argumentos de esta sentencia son trasladables al supuesto que nos ocupa, en cuanto que el supuesto fáctico es similar, al haberse producido una modificación sobre el contrato inicial al margen de todo procedimiento, debiendo en tal caso la parte que ha recibido las prestaciones, la obra realizada, proceder a su indemnización, en los términos que ya fueron realizados por la Administración que abonó a la entidad contratista por dichas obras un importe de 14.501.669,33 euros.

Sin embargo, considero que en los casos en que se declara nula la modificación del contrato no estamos ante una obligación contractual ni ante una obligación extracontractual, sino que nos movemos en el ámbito de las **obligaciones legales**, esto es, que nacen *ex lege*. Habrá que estar a lo que señale la ley, en este caso al artículo 35 TRLCSP. Dicho precepto, como veremos más detenidamente, supone una manifestación del enriquecimiento injusto en la contratación al obligar a la liquidación del contrato y la compensación del valor de lo ejecutado, siempre, claro, que no intervenga culpa de alguna de las partes:

35.1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en

virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

El hecho de considerar que se trata de una obligación legal lleva a la conclusión que sea este precepto el que fije el alcance de la compensación o indemnización del contratista. En este sentido es interesante el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 546/2015 cuando señala que “en los casos de nulidad, la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el artículo 35 de la Ley, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó”. Además, añade que “cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 35.1 de la LCSP, conforme al cual, “la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”¹⁸⁰⁵. El Consejo Consultivo andaluz en este caso entiende que dado que el contratista era conocedor de la ilegalidad, no puede otorgarse el lucro cesante (beneficio industrial) ya que no entra en juego el último párrafo del precepto.

Sobre la responsabilidad de las partes en casos de nulidad en el ámbito de contratación es interesante notar el Voto Particular del Dictamen 4/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía en el que parece considerar la coparticipación del contratista:

“...el dictamen debería haber seguido la misma línea que han seguido, entre otros, el dictamen 358/2009 en relación con la detracción del beneficio industrial, y que por ser suficientemente ilustrativa me limito a reproducir: “como este Consejo Consultivo ha expuesto en diferentes ocasiones (por todos, dictamen 18/1995), “no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a la entidad contratista como coacusante de la nulidad”, pues resulta altamente improbable que la empresa que contrató con la Administración desconociera el fraccionamiento indebido del objeto del contrato para eludir los requisitos formales de la contratación cuando, como se ha señalado con anterioridad, las obras se efectuaron prácticamente simultáneamente y por la misma empresa. Así pues, “el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en **copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer**”, **sin que, por tanto, proceda indemnizarle a consecuencia de una previsible declaración de nulidad**. En esta dirección se mueve correctamente la propuesta dictaminada, que se considera ajustada a Derecho, teniendo en cuenta que el Servicio de Contratación y Convenios justifica la liquidación y abono al

¹⁸⁰⁵ Dictamen 546/2015 del Consejo Consultivo de Andalucía.

contratista de los servicios prestados, detraído el beneficio industrial”

Un ejemplo es el asunto que se aborda en la STSJ de Islas Canarias (Tenerife) de 9 de julio de 2015, que trata la declaración de nulidad de un acuerdo del Consejo de la Autoridad Portuaria por el que se modificaba el plazo de una concesión¹⁸⁰⁶. Pensemos que el concesionario se había comprometido a realizar una serie de inversiones a cambio de una ampliación del plazo de la concesión (que pasa de 15 a 25 años, a cambio de 8 millones en nuevas inversiones). Sin embargo, un cambio en el criterio Administrativo lleva a promover la declaración de lesividad de dicho acuerdo, que se confirma en sede judicial, donde se dice que,

"No obstante, hemos de advertir a las partes demandadas que a nuestro juicio la nulidad del acto es manifiesta, puesto que se han introducido variaciones sustanciales en la concesión del servicio público, que no pueden ampararse en el artículo 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que exigen considerar que estamos en presencia de una nueva concesión que debe adjudicarse siguiendo el procedimiento de concurso público.

Se trata nada menos que la ampliación de la duración de la concesión por más del doble del plazo fijado originalmente y a pesar de que el pliego de condiciones prohibía una segunda prórroga (también prohibía prorrogar la concesión en el caso de que el concesionario, como sucede en el caso de la codemandada, hubiera obtenido otra concesión dentro del dominio público portuario - siendo la codemandada la aquí demandada). El plazo se fija para posibilitar la amortización de las millonarias inversiones que se compromete a hacer la codemandada que no podían ser amortizadas en el plazo original, lo que es una demostración palpable de que no puede hablarse de meras modificaciones introducidas en el servicio público por razones de interés público, sino de una variación sustancial del objeto de la concesión.

La nulidad podrá dar lugar a los correspondientes procedimientos de revisión de oficio, a instancia de los interesados, así como a la responsabilidad del Estado español por incumplimiento de las directivas comunitarias en materia de contratación pública."

Ante esta situación debe preguntarse si cabe la indemnización ya que “lo que CAPSA pretende es dar plenos efectos a un convenio, negocio o ampliación del plazo concesional que es manifiestamente nulo y así ha sido declarado judicialmente, lo que se interesa es que se abonen los resultados que habría obtenido CAPSA si la ampliación concesional hubiera sido legal”. Pero la Sala entiende que no cabe indemnización en base a que

- i) La nulidad del acto era manifiesta, algo que la concesionaria no podía desconocer: “la actuación de una entidad mercantil dedicada al ámbito de las concesiones

¹⁸⁰⁶ STSJ Islas Canarias (Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 09/07/2015 (Ar. 249903; MP: Alonso Dorronsoro) ; conectada con la STS, Sala Tercera, 08/03/2011 (Ar. 2275; MP: Sánchez-Bordona).

administrativas y al servicio público de estiba y desestiba no podía desconocer en modo alguno la patente nulidad del acuerdo alcanzado”;

- ii) El reclamante tiene el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta “dado que no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida por una sola vez”.

En el propio fallo parece indicar que si hubiese traído causa de un desequilibrio financiero estaríamos ante un caso diferente (“...ya que no se trataba de llevar a cabo una corrección de un posible desequilibrio financiero en la concesión existente, puesto que se ofreció la realización de las inversiones...”

- iii) No ha existido daño ya que “CAPSA mantuvo su actividad durante 7,5 años más de lo inicialmente previsto y conforme a los informes económico-financieros de la Autoridad Portuaria amortizó plenamente toda la inversión realizada”.

7.3.5.3. El licitador apartado y la indemnización en el caso de modificación irregular.

En un apartado anterior hemos tratado de elaborar un mapa de la invalidez de la modificación, analizando las consecuencias que tendrán los vicios que una modificación puede sufrir. Es momento de estudiar la indemnización que podrá obtener la parte actora cuando vea estimadas sus pretensiones. No hay que olvidar que, debido al lento funcionamiento de la justicia y al reducido alcance de la justicia cautelar, la indemnización de los daños y perjuicios emerge muchas veces como única recompensa para la parte actora. La propia mecánica del sistema hace que se tarde años en alcanzar una solución por lo que muchas veces el contrato y sus modificaciones se encuentran ya ejecutados.

Respecto al alcance de la indemnización, ésta debe cumplir con el principio de indemnidad, es decir, cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados ya se trate de daño emergente o lucro cesante.

Respecto al daño emergente, el mínimo que cubrirá la indemnización si se estiman sus

pretensiones será los gastos incurridos por participar en la licitación. Así se pronuncia, por ejemplo, el artículo 48.2 TRLCSP, aplicable al recurso especial que aunque de momento no se puede utilizar como mecanismo para impugnar un modificado, pronto podrá serlo a la vista del anteproyecto de 2015¹⁸⁰⁷. Ahora bien, si el actor es un tercero interesado, pero no participante en la adjudicación, entonces no podrá optar a dicha cuantía. Por ejemplo, un potencial licitador que no participó en la licitación inicial, pero que en caso de nueva licitación podría obtener el contrato.

Respecto a la indemnización del lucro emergente, se trata de una cuestión compleja. En el ámbito de la adjudicación irregular de contratos ocurre que, en el mejor de los casos, el demandante logra demostrar que de no haberse cometido la irregularidad hubiese sido el adjudicatario. Normalmente ello le da derecho a una indemnización por lucro cesante, que es el beneficio industrial dejado de percibir. Lo hasta ahora dicho se observa con claridad en la adjudicación ilegal de los contratos. Por ejemplo, en el caso de la adjudicación directa de varios contratos por parte de RTVE prescindiendo de todo procedimiento, los cuales son impugnados, el Tribunal Supremo desestima la casación: por un lado confirma la nulidad de los contratos adjudicados sin licitación, pero a la vez niega indemnización alguna en base a lo siguiente:

“En este sentido, debe recordar que según consolidada jurisprudencia, para que la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial sea procedente no basta con que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración Pública (en el caso de autos la celebración por el Ente Público RTVE de un contrato nulo de pleno derecho), sino que es necesario que el particular que formula la reclamación haya sufrido una lesión en sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos, que no se ha producido, desde el momento que no hay razón válida alguna para concluir que si se hubiese convocado el concurso, éste hubiese tenido que ser adjudicado conforme a derecho necesariamente al Sr. Carlos”¹⁸⁰⁸

De esta manera, aunque el Tribunal Supremo dé la razón a la parte actora y declarar nula de pleno derecho la adjudicación no concederá daños y perjuicios por lucro cesante

La extrapolación de este concepto de lucro cesante a la indemnización ante una modificación

¹⁸⁰⁷ El artículo 47 TRLCSP señala que en el caso del recurso especial, “podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso”. A estos efectos el artículo 48 establece que dicha indemnización “ésta se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de los apartados 2 y 3 del art. 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, siendo como mínimo resarcibles los gastos en la preparación y la participación.

¹⁸⁰⁸ STS, Sala Tercera, 08/03/2005 (EDJ 23919; MP: Antonio Martí García).

irregular es muy compleja. Es difícil deducir que de haberse conocido el modificado en el momento de la adjudicación el resultado de la licitación hubiese sido otro.

Una posible solución es a través de la doctrina de la pérdida de la oportunidad. Es decir, evitar que la cuestión se convierta en un todo o nada¹⁸⁰⁹. Sólo así se podría superar el obstáculo muchas veces insalvable de probar que hubieses sido el adjudicatario. En el Derecho europeo parece haberse avanzado hacia la teoría de la pérdida de la oportunidad de haber obtenido el contrato¹⁸¹⁰. Ya no sería necesario acreditar que se ha conculcado el derecho a ser el adjudicatario, sino que sería suficiente con demostrar que se ha privado de una oportunidad real de haberlo obtenido.

Ejemplo de ello es el caso del autobús turístico de Madrid. En 2000 se adjudica el contrato, pero en 2003 se modifican de manera sustancial algunos elementos que fueron clave en la adjudicación, tales como la longitud total de las rutas, el número de autobuses por itinerario, las tarifas a satisfacer por los usuarios, el canon a recibir por el Ayuntamiento y las características ecológicas de algunos de los vehículos. Tampoco la UTE adjudicataria dedicó la flota comprometida en su oferta. Uno de los licitadores decidió interponer recurso contencioso iniciando la vía judicial que finalizaría en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2012, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 3 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 11 de Madrid, acordando su revocación y anulando la Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2003, que modificó el contrato que había sido adjudicado a la UTE B para la prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid. El demandante tuvo que instar su ejecución forzosa. El Juzgado de instancia consideró “la imposibilidad material o legal de cumplimiento de la Sentencia de 17 de Diciembre de 2.012 (...) por tratarse de una sentencia meramente declarativa sin que haya efectuado pronunciamiento alguno sobre reconocimiento de situación jurídica individualizada”, dando “por enteramente ejecutada tal sentencia”. Es decir, que la sentencia se limitaba a anular la modificación del contrato, y en el mismo sentido la apelación¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁹ Sobre la teoría de la pérdida de oportunidad ver L. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Cízur Menor (Navarra), 2007.

¹⁸¹⁰ Al respecto S. Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, cit., p. 257 y siguientes.

¹⁸¹¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 31/07/2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:11429; MP:

Cerrada la vía de la ejecución de sentencia, sólo quedaba abierta la posibilidad de acudir a la responsabilidad patrimonial. La actora presentó reclamación patrimonial, antes de que transcurriera un año desde la sentencia que anuló la modificación del contrato, en la que pretende que se reconozca su derecho a percibir una indemnización por la anulación de la modificación del contrato primitivo, la cual valoraba en 5.394.794,29 €, con el siguiente desglose: - 19.795 € por gastos procesales; - 16.500 € por preparación del concurso; - 132.200 € por desinstalación; - 5.126.299,29 €, correspondientes al “6% del margen de negocio obtenido durante los ocho años posteriores a que el contrato fuera ilegalmente modificado”; - 100.000 € por daño moral. Ello es estudiado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, bajo los parámetros de la responsabilidad patrimonial¹⁸¹².

Como punto de partida, el Consejo Consultivo recuerda que la anulación de un acto o disposición no presupone derecho a la indemnización, sino que habrá que probar la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Pues bien, el Consejo Consultivo niega la existencia de nexo causal. Considera que, sí es clara la existencia de nexo causal en los casos en que se aparta ilegalmente al licitador, privándole de expectativas para la adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011, recurso 2899/2009), o cuando se aplican mal los pliegos en la valoración de los licitadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, recurso 4580/2006). Sin embargo, esta relación de causalidad no es suficiente en el presente caso ya que,

En el caso que nos ocupa, a pesar del esfuerzo argumentativo de la interesada, no es posible establecer la relación causal que pretende, en cuanto que, si bien es cierto que la anulación judicial de la modificación del contrato hubiera obligado a la Administración a su resolución, lo que no resulta en modo alguno admisible, es aceptar las consecuencias que de ello intenta extraer la entidad reclamante: que el Ayuntamiento convocaría nuevo concurso, que el adjudicado era de una clara inviabilidad económica, que la interesada habría podido hacerse con la nueva adjudicación, y que no pudo licitar en el concurso que se realizó en condiciones de igualdad, ya que no se exigió al adjudicatario que cumpliera con su prestación, mientras que luego se modificó el contrato en sus elementos claves.

Tal razonamiento no deja de constituir un criterio teórico-práctico, en nada equiparable a la necesaria existencia de una conexión directa causa-efecto, entre la actividad administrativa y el daño que se alega, ni tampoco, entendemos, alcanza a atribuir el carácter de indemnizable a la privación de las expectativas de la entidad reclamante.

Así, frente a una hipotética resolución del contrato, el Ayuntamiento podría licitar nuevamente

Gustavo Lescure Ceñal).

¹⁸¹² Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 335/2015, de 24 de junio de 2015.

el servicio o no hacerlo, ya que no se trata de un servicio municipal esencial ni obligatorio.

En adición a ello, no es admisible estimar, como se pretende, que, de haberse convocado el concurso con las mismas exigencias técnicas de la modificación del contrato, la interesada habría podido resultar adjudicataria; (...)

En el caso presente, como ha quedado expuesto, nos encontramos con un concurso licitado y adjudicado, válido y no recurrido o impugnado, cuyo servicio se prestó durante tres años, transcurridos los cuales se instó una modificación contractual que “parcialmente” se declaró nula por Sentencia. Entra de lleno en el terreno de la hipótesis, el que la Administración, tras dicha nulidad de la modificación, convocaría un nuevo concurso, una vez resuelto el modificado irregularmente, así como las condiciones técnicas en las que, en su caso, dicho concurso se licitara, de modo que no se puede apreciar relación causal entre la modificación anulada y las expectativas de la entidad reclamante a resultar adjudicataria del concurso.

7.4. Mecanismos de represión y de reparación: la responsabilidad de los sujetos intervinientes.

Por último, tras estudiar los mecanismos de prevención, de detección y de reacción es el turno de los mecanismos de represión y de reparación. Más concretamente se analizan en las siguientes líneas las responsabilidades a las que los agentes deben hacer frente si se detecta que estamos ante un modificado irregular. No se estudian las responsabilidades contractuales de carácter indemnizatorio entre las partes, sino el conjunto de resortes que tiene el sistema legal para castigar a los responsables de una modificación irregular como para reparar sus efectos.

Los mecanismos punitivos pueden ser de dos tipos: de carácter penal o de carácter administrativo. Por otro lado, los mecanismos de reparación son de carácter patrimonial y pueden derivar de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha o de la responsabilidad contable. El artículo 176 LGP recoge esta amplia tipología de responsabilidades:

Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el art. 2 de esta ley [sector público estatal] que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con **infracción de las disposiciones de esta ley**, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.

En la sección dedicada a la relación entre corrupción y modificación en España daremos cuenta de la responsabilidad penal por lo que ahora estudiamos la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad contable y la patrimonial.

Respecto a la responsabilidad disciplinaria, y al margen de la normativa sectorial o especial, la DA

decimonovena gradúa, a efectos disciplinarios, la infracción que comete el responsable si obra de manera gravemente negligente.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.

Al conjunto de mecanismos que se prevén en la legislación general, la responsabilidad disciplinaria se completa ahora con lo establecido en el artículo 28 LTAIBG, si bien sólo se aplica a los altos cargos de la Administración – que dependerá según el ámbito territorial, si bien establece que en todo caso incluirá a los miembros de las Juntas de Gobierno de los entes locales.

Según el precepto constituyen infracciones muy graves las siguientes conductas cuando sean culpables – muchas de las cuales pueden tener relevancia en los expedientes de aprobación de los modificados:

(...)

c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable

d) La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria

(...)

e) La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los arts. 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado

(...)

Y sin necesidad de ser culpables, también serán infracciones muy las siguientes conductas (art. 29):

(...)

c) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

d) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función

(...)

f) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o

funciones encomendadas.

La sanción para estas infracciones muy graves supone la destitución del cargo y la inhabilitación entre 5 y 10 años. Además, “Cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el art. 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador”. Y en todo caso se deberá proceder a “restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente” y a “indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del art. 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”.

Respecto a la responsabilidad contable, ésta no es un instrumento punitivo o sancionador, sino reparador, es decir, que se pretende el reintegro de un determinado importe. La doctrina mayoritaria considera que se trata de la responsabilidad civil extracontractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños previstos en el artículo 1902 CC¹⁸¹³. Esta naturaleza patrimonial implica su compatibilidad con otras responsabilidades, tal como establece el artículo 18 LOTC:

1. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal.
2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

Los requisitos para que concurra esta responsabilidad se encuentran positivizados en el artículo 49.1 LFTC:

“1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, **con dolo, culpa o negligencia graves**, originaren **menoscabo en dichos caudales** o efectos a consecuencia de **acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad** que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes

¹⁸¹³ En este sentido y citando jurisprudencia al respecto, C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público”, cit., p. 34.

de dicho sector. (...)”¹⁸¹⁴

Así pues, se exige la concurrencia de una actuación u omisión contraria a las leyes presupuestarias o contables, la existencia de dolo o negligencia grave, y el menoscabo de los fondos públicos.

El artículo 180 LGP distingue varios supuestos. Si se trata de casos de malversación y de alcance en la administración de los fondos públicos, en cuyo caso el Tribunal de Cuentas es el único competente para exigir la responsabilidad a través del procedimiento de reintegro por alcance. Mientras que si se trata de otro supuesto entonces, y sin perjuicio de dar conocimiento al Tribunal de Cuentas, la responsabilidad será exigida en expediente administrativo, correspondiendo su incoación y resolución al Gobierno si la persona tiene condición de autoridad, o al Ministerio de Hacienda en el resto de los casos. Esta resolución será recurrible ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

El art. 2 RD 700/1988 establece que estos expedientes de responsabilidad contable podrán ser originados por las comunicaciones de los Jefes de los responsables, por la Intervención en base a los informes de auditoría, por las inspecciones de servicios o por denuncia o investigación administrativa que ponga de manifiesto la existencia de estas infracciones.

En la práctica existen dos grandes obstáculos que deben ser salvados. Por un lado, siguiendo la norma general, los daños deben ser probados y cuantificados por la Administración demandante, lo que no siempre es fácil. Por otro, debe probarse la responsabilidad subjetiva, dolo o negligencia grave. En la Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, de 28 de mayo de 2008 (Ponente Pérez Tórtola; Ar. 326569) señala, citando jurisprudencia anterior:

De acuerdo con la primera [ST 4/06 de 29 de marzo], “la culpa o negligencia grave no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como **“agotar la diligencia”**.”

¹⁸¹⁴ De manera similar el artículo 176 LGP: Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el art. 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.

Añade esta misma resolución que “la negligencia grave es predicable de quién omite las cautelas exigibles a una persona normalmente prudente, así, señala la Sala de Justicia en Sentencia de 17 de diciembre de 1998 que el descuido es inexcusable en personas que por su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas, o lista de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación, las cuales habrían enervado el daño producido.”

El fundamento último de esta forma de interpretar la negligencia grave hay que buscarlo en el carácter público de los fondos afectados pues, como dice la segunda Sentencia de esta Sala antes aludida (15/04, de 26 de julio), “la diligencia exigible en la gestión de intereses públicos es superior a la exigible en la de intereses privados”.

En un sentido similar considera el Tribunal de Cuentas que para evaluar el carácter grave de la negligencia “hay que examinar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo juicio de previsibilidad, de forma que se produce culpa o negligencia grave cuando quien debiendo prever el resultado perjudicial no lo prevé, o previéndolo no toma las medidas oportunas para evitarlo”¹⁸¹⁵.

La reciente Sentencia 8/2014, de 24 de julio resume de la manera siguiente los puntos que considera relevantes a la hora de considerar la existencia de negligencia grave:

- a. Debió prever y evitar el menoscabo originado por los controvertidos pagos y no lo hizo (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 2/2003, de 26 de febrero). Esta circunstancia resulta especialmente apreciable considerando que el recurrente ocupaba, precisamente, el cargo de Director-Gerente cuando ocurrieron los hechos, un puesto de contenido relevante en la gestión de los pagos de la Fundación.
- b. Debió encuadrar su actividad gestora en la cualificada diligencia jurídicamente exigida para la gestión de los fondos públicos, requisito que incumplió (por todas, Sentencia de esta Sala 16/04, de 29 de julio).
- c. Tampoco ajustó su conducta al "canon del agotamiento de la diligencia" que esta Sala de Justicia considera aplicable a la gestión de caudales públicos en sentencias como la 4/2006, de 29 de marzo¹⁸¹⁶.

Además, la jurisprudencia contable tiene dicho que los funcionarios técnicos facultativos no

¹⁸¹⁵ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 2/03 de 26 de febrero (Ponenete: García Ortiz; Ar. 142510).

¹⁸¹⁶ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 8/2014 de 24 de julio (Ponenete: Lozano Álvarez; Ar. 270173).

realizan tareas de gestión de caudales públicos por los que, en general, no están sujetos a posible responsabilidad contable. Así se pronuncia el Tribunal de Cuentas cuando señala que “no incurren en responsabilidad contable aquellos que no tienen ninguna relación con la cuenta a rendir, como ocurre con los arquitectos y demás funcionarios que pudieran estar destinados en el servicio técnico, sin perjuicio de la existencia de otras posibles responsabilidades”¹⁸¹⁷.

La responsabilidad contable es el medio idóneo para actuaciones irregulares de órganos que deben actuar con el máximo celo con independencia de la actuación de otros. El Tribunal de Cuentas ha dicho que existe responsabilidad directa de un Alcalde por el pago de obras no ejecutadas, entendiendo que “la confianza en el criterio de los técnicos únicamente es suficiente, por sí sola, para excluir la negligencia del gestor de fondos públicos cuando las eventuales deficiencias que pudiera tener la obra de cuya recepción y pago se trata sólo pueden apreciarse por personas con conocimientos técnicos especializados”¹⁸¹⁸. En este sentido también cuando el Tribunal afirma que,

La conducta omisiva del recurrente -se concluye y sea cual haya sido la influencia en los hechos de las actuaciones de otros- ha sido suficiente en sí misma para hacer posible un escenario fuera del cual no habría sido posible que el destino incorrecto de los fondos se hubiera producido y -como también ha reiterado esta Sala en Sentencia, entre otras, 21/1997, de 26 de noviembre- ha dado ocasión -aunque sea sin malversación- a que un tercero se apodere indebidamente de fondos públicos, imputándose así responsabilidad contable a quien los tenía a su cargo. Si a esta doctrina se añade la incorporada a Sentencias, también de esta propia Sala, como la 12/06, de 24 de julio, en las que se dice que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias, sólo cabe concluir que las irregulares actuaciones imputadas por el demandado a terceros, ni afectan a su condición de gestor de los fondos públicos menoscabados, ni atenúan el grado de negligencia que impregnó su conducta, ni interrumpen el nexo causal entre ésta y los daños y perjuicios producidos¹⁸¹⁹.

En la misma línea, considerando responsables al ordenador de los pagos y al controlador de la legalidad:

“Este criterio de considerar responsables contables directos al Alcalde como ordenador de pagos y al Interventor como controlador de la legalidad de éstos, ha sido mantenido por esta

¹⁸¹⁷ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 3/04, de 5 de febrero (Ponente: García Ortiz; Ar. 202206).

¹⁸¹⁸ Sentencia 4/2015 del Departamento segundo de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (consejera Doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón), sobre procedimiento de reintegro por alcance en el Ayuntamiento de Cangas de Narcea, del Principado de Asturias.

¹⁸¹⁹ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, de 28 de mayo de 2008 (Ponente Pérez Tórtola; Ar. 326569).

Sala de Justicia en reiteradas ocasiones pudiendo citarse entre otras las sentencias 9/2011, de 29 de junio y 12/2011, de 20 de julio, ya que ellos actúan como gestores de fondos ajenos cuya titularidad corresponde a la Corporación Local. Pero además, esta responsabilidad es exigible en casos como el presente, en el que la Interventora no formuló reparo alguno, y así, en la sentencia 2/2010, de 2 de marzo, se afirma que:

“Entiende la representación de la parte apelante que la inexistencia de reparo alguno por parte del Secretario Interventor exime de responsabilidad a su representado. Sin embargo, es doctrina reiterada de esta Sala de Justicia, por todas la sentencia de 28 de mayo de 2008, que «el posible incumplimiento de sus obligaciones por parte de otros no puede constituir justificación para que se dejen de atender las propias». Lo cierto es que el Alcalde debió haber desarrollado su función como ordenador de pagos conforme a los cánones de diligencia cualificada que exige la garantía de integridad de los caudales públicos. Pero la conducta del apelante no se ajustó a este nivel de diligencia profesional exigible sino que, muy al contrario, lo vulneró de forma grave al dar lugar a un daño en los caudales públicos por la ordenación de unos pagos que carecían de título justificativo para ello, por no haberse adoptado acuerdo alguno por el Pleno de la Corporación local. Esta forma de actuación implica negligencia grave de acuerdo con la doctrina de esta Sala expuesta en resoluciones como la Sentencia 4/2006, de 29 de marzo, que exige al gestor de fondos públicos “el agotamiento de la diligencia” y la evitación del daño. Pero es que, además, esta negligencia así apreciada se asocia a la concreta conducta de gestión desarrollada por el recurrente, por lo que es independiente de la tareas encomendadas al Interventor”¹⁸²⁰.

La infracción de los preceptos sobre la modificación contractual no conlleva por sí misma la existencia de responsabilidad contable alguna. Esta surgirá en determinadas actuaciones que puedan ser incardinadas en el “régimen presupuestario y de contabilidad”. En materia de modificación ello se dará en el caso de irregularidades en la certificación de la existencia de crédito o en tareas de fiscalización. Por ejemplo, cuando en un contrato de proyectos a la hora de abonar el precio el Gerente de un organismo público no aplica los descuentos fijados el Tribunal de Cuentas afirma que “cualquier gestor, antes de suscribir un contrato, debe extremar su diligencia requiriendo de los órganos competentes (Asesoría Jurídica o Secretaría General) la validación y conformación a Derecho de lo que suscribe, pues en caso contrario asume toda la responsabilidad que se derive de su firma”¹⁸²¹.

También puede surgir esta responsabilidad cuando se deja de aplicar alguna cláusula penal del contrato ante incumplimientos contractuales. O cuando directamente no se satisface la prestación acordada. Por ejemplo, el Tribunal condena a los demandados cuando en los pliegos para constituir una empresa de economía mixta para la gestión del servicio público de abastecimiento y saneamiento en Ferrol se impone al socio transferir el *know-how* sin

¹⁸²⁰ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 15/2013, de 29 de mayo (Ponente: Mariscal de Gante y Mirón; Ar. 384402).

¹⁸²¹ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 3/04, de 5 de febrero (Ponente: García Ortiz; Ar. 202206).

establecer una prestación por ello, pero más tarde se firma el contrato en el que sí se retribuye este concepto¹⁸²². O cuando se abona al contratista un estudio geotécnico que venía obligado a realizar por su cuenta y coste¹⁸²³.

Ocurre que no siempre los hechos producidos son constitutivos de alcance o malversación contable. En esos casos la Administración damnificada todavía tiene un mecanismo de reacción: la exigencia de responsabilidades patrimoniales al causante del daño. Responsabilidades que, no olvidemos, no tienen carácter sancionador sino que se trata de responsabilidad civiles de naturaleza extracontractuales. La finalidad sancionadora se cubre mediante los mecanismos penales o disciplinarios correspondientes.

Una forma de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial es a través de la acción de regreso o repetición, que tampoco debe confundirse con el mecanismo de responsabilidad disciplinaria¹⁸²⁴.

Esta repetición no es algo novedoso en nuestro Derecho. Por ejemplo, en la Decisión del Consejo de Estado, de 3 de octubre de 1864 (126-II) se manda reintegrar por el director y demás empleados que participaron en un contrato público, cierta cantidad¹⁸²⁵. Lo mismo en el RD de 1883 contratación en el ámbito local, en cuyos artículos 19 y 20 se establece que el licitador no conforme con la adjudicación puede plantear recurso, que será ejecutivo, tras el cual puede acudir al Contencioso-Administrativo para ser indemnizado. Dicha indemnización sólo se podrá dar cuando la adjudicación haya sido realizada de mala fe. Ahora bien, en ese caso se “condenará solidariamente a los Diputados provinciales o concejales que hubieren votado el acuerdo de adjudicación a indemnizar al demandado y a abonar a la Corporación la diferencia que resulte entre la proposición a que se haya adjudicado el remate y la del demandante”.

El art. 125 RCE decía que “las autoridades y funcionarios que contraten como empresarios

¹⁸²² Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 1/2014, de 20 de enero (Ponente: Mariscal de Gante y Mirón; Ar. 53100).

¹⁸²³ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 15/2013, de 29 de mayo (Ponente: Mariscal de Gante y Mirón; Ar. 384402).

¹⁸²⁴ Ver por ejemplo como distingue responsabilidad penal, civil (acción de regreso) y disciplinaria J. LEGUINA VILLA, *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, cit.

¹⁸²⁵ Visto en S. ALFARO Y LAFUENTE, *Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de las demandas administrativas*, Revista de Legislación, Madrid, 1867., p. 73.

la puesta en marcha de obras sin cumplir los requisitos exigidos por el presente Reglamento, serán personalmente responsables de los pagos derivados del negocio irregular”. Sin embargo, el Tribunal Supremo señaló que no podía “interpretarse en el sentido de que exima a la Administración de los pagos, sino que lo que establece es, la obligación personal de hacerlos, sino lo hiciera la Administración, las referidas Autoridades y funcionarios, pues, la interpretación de la obligación exclusiva por parte de estos últimos y nunca de la Administración; tampoco podría ser aceptada, ya que tal precepto del Reglamento no tiene apoyo en la Ley de Contratos del Estado a la que desarrolla, y como simple norma reglamentaria no podría tener aplicación, en esta última interpretación, porque violaría el principio general del enriquecimiento sin causa, dado que la Administración obtendría un beneficio patrimonial a costa del patrimonio de tales Autoridades y funcionarios, que sufrirían así una sanción económica por un hecho que ninguna Ley tipifica como infracción administrativa, lo que colisiona frontalmente con el artículo 25 de la Constitución”¹⁸²⁶.

En la actualidad el artículo 145 LPAC recoge la posibilidad de repetir el coste que soporta la Administración sobre la autoridad o persona causante siempre que: i) se produzca un daño a un tercero o a los bienes y derechos de la propia Administración directamente ii) hubiere indemnizado a los lesionados; iii) el causante hubiera actuado con dolo, culpa o negligencia grave. Un procedimiento de reenvío que deberá poner en marcha de oficio la propia Administración. El Reglamento 429/1993 desarrolla la LPAC en sus artículos 19 a 21. Este último recoge el procedimiento que debe seguirse, respetando el principio contradictorio y evacuado informe del servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la lesión indemnizable¹⁸²⁷.

La Administración siempre responderá frente al ciudadano, garantía constitucional de que goza éste. Ahora bien, una vez que se ha satisfecho esa responsabilidad es momento de que la Administración tampoco soporte un coste originado por la actuación particular de uno de sus miembros. A diferencia de la posición tradicional, ahora está obligada a repetir el coste al responsable, no siendo ya una decisión potestativa tras la reforma introducida por la 4/1999 en la LPAC.

¹⁸²⁶ STS, Sala Tercera, 31/10/1986 (Ar. 5824; MP: Carmelo Madrigal García).

¹⁸²⁷ En términos similares se pronuncia la Ley 7/1985 LBRL: “Las Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave hayan causado daño y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquella”. El “podrán” debe sustituirse por un mandato, siguiendo la redacción de la LPAC tras la reforma de la 4/1999.

Sin embargo, y aunque estamos ante un mecanismo de larga tradición histórica “la cuestión es aplicarla alguna vez.”¹⁸²⁸. Lo mismo reclama MARTIN REBOLLO, que en el ámbito de la modificación se debe de poner en marcha este mecanismo de responsabilidad¹⁸²⁹. Y lo mismo el Consejo de Obras Públicas en sus Memorias anuales (2012,2014).

Las escasas sentencias encontradas al respecto se topan con un problema común: la dificultad de probar que las autoridades y personal hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia grave: “el dolo exige un elemento intelectual, es decir que el actor posea un conocimiento cabal de la ilegalidad, y otro volitivo, en el sentido de querer tal ilegalidad. En cambio, la culpa exigida para que pueda ejercitarse la acción de regreso ha de ser grave. En ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad pero cree que de esta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave, de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa grave. Siendo exigible, por último, como requisito de la acción de regreso, que ese elemento subjetivo de la responsabilidad, dolo o culpa o negligencia grave sea notorio”¹⁸³⁰.

El TRLCSP por su parte también contiene varios preceptos que hacen alusión a la responsabilidad de los agentes que intervienen. De manera expresa el TRLCSP sienta las bases de la responsabilidad para el redactor del proyecto. El artículo 311 establece que en los casos en que “el presupuesto de ejecución de la obra prevista en el proyecto se desviare en más de un 20 por 100, tanto por exceso como por defecto, del coste real de la misma como consecuencia de errores u omisiones imputables al contratista consultor, la Administración podrá establecer, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, un sistema de indemnizaciones consistente en una minoración del precio del contrato de elaboración del proyecto, en función del porcentaje de desviación, hasta un máximo equivalente a la mitad de aquél”. Se requiere, por tanto, que la Administración establezca en el pliego el sistema de indemnizaciones, el cual seguirá el baremo sentado en el art. 311.2 que hace depender la reducción del precio de la magnitud de la desviación.

¹⁸²⁸ G. ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, cit., p. 93.

¹⁸²⁹ L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit., p. 658.

¹⁸³⁰ SJdo. Cont-Advo núm. 2 de San Sebastián, 11 septiembre 2012 (EDJ 2012/332421; MP: Mora Gaspar).

Esta previsión se completa con la que establece el artículo 312 TRLCSP:

1. Con independencia de lo previsto en los artículos anteriores, el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél.
2. La indemnización derivada de la responsabilidad exigible al contratista alcanzará el 50 por 100 del importe de los daños y perjuicios causados, hasta un límite máximo de cinco veces el precio pactado por el proyecto y será exigible dentro del término de diez años, contados desde la recepción del mismo por la Administración, siendo a cargo de esta última, en su caso, el resto de dicha indemnización cuando deba ser satisfecha a terceros.

Pero además, de manera similar al art. 145 LPAC, la DA Decimonovena TRLCSP establece que,

1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

7.5. Los modificados y la lucha contra la corrupción

La doctrina afirma que “en España, la corrupción en las modificaciones del contrato es patente”¹⁸³¹. Sin embargo, la ausencia de datos impide corroborar esta afirmación. Como ya se ha apuntado, la ausencia de datos complica mucho la investigación¹⁸³². Por ello se recurre al mismo recurso utilizado ya en los primeros estudios sobre la corrupción: los estudios de casos reales, en nuestro caso las sentencias dictadas en la jurisdicción penal. Antes es necesario trazar algunas pinceladas sobre la corrupción en España. Y es que la elección de este país como campo para estudiar casos aislados no es fortuita.

Mucho se ha escrito sobre la corrupción en España si bien se presentan las dificultades

¹⁸³¹ J. VÁZQUEZ MATILLA, “La Modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, cit., p. 570].

¹⁸³² “...in Spain there is no accurate information or reliable statistics on the existing level of corruption in the public administrations (...) The Annual Reports of the Spanish General Prosecution Office (Fiscalía General del Estado), and of the Specialized Anti-Corruption Prosecution Office (Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada) provide the most reliable figures and case-related information on the Spanish investigations and prosecutions carried out in cases of corruption (including cases related to EU Funds)”. PRICEWATERHOUSECOOPERS; ECORYS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013, p. 286.

habituales para medir el fenómeno dada la carencia de estadísticas oficiales¹⁸³³. Son varios los datos que se pueden encontrar al respecto. La mayoría de ellos se basan en encuestas de percepción, un método que se pone en duda por no ser reflejo exacto del problema¹⁸³⁴.

Respecto al tipo de corrupción, TRANSPARENCIA INTERNACIONAL afirma que en España la corrupción no es sistémica, esto es, consolidada a nivel administrativo, sino que se trata de corrupción política¹⁸³⁵. Ahora bien, en este punto, y dado el sistema Administrativo español, las decisiones políticas requieren muchas veces de una ejecución Administrativa por lo que corrupción política y corrupción administrativa está estrechamente conectada.

España obtiene resultados muy mediocres en el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparencia Internacional. En 2014, la puntuación obtenida por España (60) es similar a la obtenida en los últimos años. Este índice sitúa al país muy por debajo de los mejores (Dinamarca, 82; Finlandia 89), y por debajo de la media europea (66), junto a países de la llamada Europa del Este, Grecia e Italia (43)¹⁸³⁶.

Unos resultados similares resultan del Informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea publicado en 2014¹⁸³⁷. Allí se refleja que en España las experiencias personales con la corrupción son bajas, siendo pocos los encuestados que se han enfrentado a situaciones de corrupción directa en los últimos 12 meses (1-3%)¹⁸³⁸. Pero sí existe una percepción de corrupción generalizada (95%), sólo por detrás de Grecia (99%), Italia (97%) y a la par que Lituania y República Checa.

La Comisión Europea considera que los grandes problemas de España con la corrupción

¹⁸³³ Este mismo problema encuentra el completo estudio jurisprudencial de FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?, *Corrupción institucional y controles administrativos preventivos*, 2015.

¹⁸³⁴ M. VILLORIA MENDIETA; F. JIMÉNEZ, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, cit., p. 116-121 achacan las respuestas a una cuestión cultural y no a la realidad, aportando cifras sobre corrupción. Los autores consideran que 400 casos en seis años (2004-2009) es una cifra que no corresponde a esos altos índices de preocupación por la corrupción. Consideran que existe un círculo vicioso que se retroalimenta: noticias de corrupción-percepción ciudadana. En mi opinión, el argumento no se sostiene. El problema de la corrupción no sólo es una cuestión de cifras, que también (un caso cada cinco días creo que es una cifra considerable), sino de la importancia del hecho.

¹⁸³⁵ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Índice de Percepción de la Corrupción 2014.

¹⁸³⁶ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Índice de Percepción de la Corrupción 2014.

¹⁸³⁷ COMISIÓN EUROPEA, Informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea, Bruselas, 3.2.2014, COM(2014)38 final.

¹⁸³⁸ Esto podría denotar que España tiene mayores problemas con la llamada “gran corrupción” y no tantos con la “pequeña corrupción”.

giran en torno a la financiación de los partidos políticos¹⁸³⁹, la supervisión de los entes regionales y locales¹⁸⁴⁰, los conflictos de interés y la falta de transparencia real¹⁸⁴¹. El mismo informe considera que el desarrollo urbanístico y la contratación pública han sido los focos de la corrupción en España.

Apliquemos ahora al caso español el esquema de prevención, detección y represión de la corrupción.

En lo que respecta a la primera de las soluciones preventivas estudiadas, los conflictos de interés, España no es ajena a la corriente internacional que promueve su regulación. En España tradicionalmente se ha tratado el tema de los conflictos de interés desde la órbita de las incompatibilidades¹⁸⁴² y sólo recientemente trata directamente sobre los conflictos de interés¹⁸⁴³. Asimismo, se ha aprobado recientemente la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado con un claro objetivo preventivo (deroga la Ley 5/2006).

En la legislación sobre contratos, ya en el RD de 4 de enero de 1883, que regula la contratación de los entes locales¹⁸⁴⁴, estableció una prohibición de contratar a concejales, secretarios, etc (artículo 11.6). Prohibición que se extendería a sus familiares con la aprobación del RCCL de 1953 (artículo 5). Sin embargo, el problema sigue sin resolverse¹⁸⁴⁵.

¹⁸³⁹ En España, se aprueba recientemente la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. A través de esta reforma se limitan los gastos de las campañas electorales o se reduce la subvención “no electoral”, esto es, para el funcionamiento operativo del partido, pero se mantiene la opacidad sobre las cuentas locales. Además, se encuentra en tramitación una modificación del Código Penal que tipificará esta conducta. Una buena reflexión del tema en A. BOIX PALOP, “Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción: de los partidos del sistema a los partidos de los ciudadanos”, en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014.. El autor considera que la reforma de 2012 no logrará acabar con los problemas existentes y plantea la pregunta de si las normas jurídicas son el camino para controlar la financiación de los partidos o si debe apostarse por el papel de los ciudadanos como agentes de control.

¹⁸⁴⁰ JAREÑO LEAL expresamente consideró –antes de las reformas introducidas en 2013– que “no existen mecanismos de control efectivos en el ámbito local”. Cfr. Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011., p. 183.

¹⁸⁴¹ COMISIÓN EUROPEA, Informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea, Bruselas, 3.2.2014, COM(2014)38 final, anexo 9 “España”.

¹⁸⁴² Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y STC 178/1989; Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

¹⁸⁴³ Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

¹⁸⁴⁴ Gaceta de Madrid Nº 5, de 5 de enero de 1883.

¹⁸⁴⁵ En este sentido se pronunciaba J. M. GIMENO FELIÚ, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación

En términos generales, la ley de procedimiento administrativo recoge el deber de abstención y la posibilidad de recusación de los miembros de los órganos administrativos. Asimismo, se han aprobado diversas normas que tratan de solventar los problemas al respecto. Así, los contenidos referidos al Buen Gobierno en la Ley de Transparencia de 2013, o la reciente Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Un ejemplo de conflicto de interés en materia de modificación de contratos es el que ofrece la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de marzo de 2010¹⁸⁴⁶. En dicho asunto, el Pleno del Ayuntamiento de Linares acuerda la prórroga de un contrato de concesión del servicio de limpieza viaria y edificios municipales por el plazo de 25 años, justo en el momento en que llegaba a término el contrato original. El recurrente, miembro de la oposición, considera que el acuerdo de ampliación es nulo por vulnerarse el procedimiento establecido, pero además, “porque ha mediado incompatibilidad en el Concejal Delegado de Servicio Públicos del Ayuntamiento de Linares, que ha votado a favor de la modificación cuestionada, cuando era empleado de la empresa concesionaria, cuñado del gerente de la misma, y hermano de la jefa administrativa”. Resulta que la votación en el Pleno fue de 13 a favor, 12 en contra. La Sala, además de acoger la primera de las argumentaciones¹⁸⁴⁷, ahonda en la segunda sobre el conflicto de interés y señala:

Al respecto, circunscribiéndose la Sala al análisis del acuerdo adoptado el 30-5-02 (dado que no consta adjunto a las actuaciones el posterior acuerdo de 11-7-02 y se desconocen exactamente los términos en que se desarrolló la votación), ha de considerarse que, si bien no existe una constancia fehaciente de que el referido concejal fuese empleado de la empresa concesionaria y pariente del gerente y de la jefa administrativa de la misma, la alegación en este sentido parece tener bastante fundamento, a tenor de la actuación posterior del ente local, que celebra una nueva sesión plenaria y somete a votación el mismo acuerdo adoptado el 30-5-02 a los solos efectos de que el referido concejal no intervenga y no vote. Esto conlleva a la

pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 147, 2010., p. 526. Hoy tras algunas reformas legislativas no se ha avanzado mucho. Cuestiones como las puertas giratorias o las incompatibilidades siguen sin estar bien resueltas.

¹⁸⁴⁶ STSJ Andalucía (Granada), Contencioso-Administrativo, 22/03/2010 (Ar.331028; MP: Martín Morales).

¹⁸⁴⁷ “Y precisamente este es un criterio jurisprudencial consolidado, que se expone, entre otras, en la sentencia del TS de 25-5-06 (RJ 2006, 3234) , que desestima el recurso de casación que se interpuso en un caso en que el Ayuntamiento de Palencia, al socaire de una modificación del servicio recogida de basuras y limpieza viaria, prorrogó el contrato otorgado en el año 1991 y que vencía en el año 2001 por un período de 10 años a fin de que el concesionario pudiera amortizar las nuevas inversiones que debía de realizar. El TS confirma la sentencia de la Sala de instancia que aceptó la posibilidad de la modificación del referido contrato de concesión del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria por razones de interés público, pero considerando que esa modificación sólo podía ser compensada por la Administración concedente mediante el correspondiente resarcimiento económico y no por medio de una prórroga de la duración del contrato por un período de diez años a fin de que el concesionario pudiera amortizar las nuevas y elevadas inversiones que debía realizar”.

Sala a determinar la nulidad, también por esta causa, del acuerdo de 30-5-02 , ya que en la votación intervino el referido concejal (al que se le puede aplicar la equiparación de que, no sólo debe ser honesto, sino también parecerlo, como la esposa del César) que debió abstenerse, determinando la existencia de un empate en la votación (12 votos para el gobierno local y 12 para la oposición), sin que pueda entenderse convalidado por el de 11 de julio de 2002, porque también debe entenderse nulo al reproducir el mismo contenido de aquél otro, como se ha expuesto en el anterior fundamento jurídico.

Es decir, que a pesar de no existir constancia de la vinculación, ésta se deduce de la forma de actuar que tuvo el implicado. Lo que desconocemos es si tras este procedimiento se pusieron en marcha otros mecanismos de carácter punitivo contra, al menos, el concejal implicado.

En cierto sentido el Código Penal tipifica el incumplimiento del deber de abstención en el delito de “negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos” de artículo 439 CP. Ahora bien, “con cierta frecuencia los tribunales argumentan que no llega a infringirse el injusto penal, sino sólo un deber ético y profesional”¹⁸⁴⁸.

También de carácter preventivo, se fomenta el principio de buena administración a través de una serie de preceptos sobre buen gobierno¹⁸⁴⁹ y se ha incorporado el principio de integridad al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en 2015¹⁸⁵⁰. Un aspecto de la buena administración es el fomento de la transparencia; sin perjuicio del análisis en profundidad que luego haremos de la relación transparencia y modificación de contratos, sirva ahora de adelanto el indicar que en 2013 se aprueba por fin una Ley de Transparencia que ha sido objeto de alabanzas y críticas a partes iguales¹⁸⁵¹.

Respecto a las soluciones de detección, España cubre formalmente los dos niveles de control: el interno y el externo.

Una parcela que preocupa especialmente es la del control municipal, donde a pesar de la aprobación de un nuevo texto al respecto apenas ha habido mejoras efectivas en la protección

¹⁸⁴⁸ Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., p. 174

¹⁸⁴⁹ Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno : Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Ya en 2005 se aprueba un Código buen gobierno de miembros gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado (APU/16/2005), si bien no incorporó mecanismos para garantizar su aplicación.

¹⁸⁵⁰ Además de este principio, se introduce un precepto dedicado a la lucha contra la corrupción (art. 64).

¹⁸⁵¹ Principalmente por la dificultad de acceso, la necesidad de identificarse, las muchas excepciones, silencio negativo y la ausencia de sanciones efectivas.

a los órganos de control de los entes locales. Está por ver la mejora que supone la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y la modificación que realiza del artículo 213 y siguientes del Texto Refundido de las Haciendas Locales, remitiéndose a un desarrollo posterior, si bien deja intactos algunos elementos fundamentales para lograr la independencia del órgano de control, como su designación y la retribución.

Además del control municipal, el control externo del Tribunal de Cuentas también centra el debate. Ambos se verán con detalle más adelante en la medida en que no sólo sirven para controlar la corrupción. Sí existe un organismo creado a tal efecto tras los escándalos de corrupción de 1990-1995: la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada¹⁸⁵², órgano encuadrado en la Fiscalía General del Estado. Entre los problemas a los que se enfrenta, la Memoria de la Fiscalía en 2014 pone de manifiesto la ausencia de medios suficientes¹⁸⁵³.

También en el ámbito de la detección, de un tiempo a esta parte se ha puesto de manifiesto que en España no existe un adecuado marco de protección al denunciante¹⁸⁵⁴. El debate es creciente: los escándalos más importantes de los últimos tiempos han sido destapados por ciudadanos que después han sufrido un acoso constante de las instituciones. Sin embargo, la voluntad política no parece ir por ese camino y todavía no se ha previsto una medida especial de protección más allá de las normas generales existentes¹⁸⁵⁵. Asimismo, debe aprobarse regulación expresa sobre eximentes y rebajas penales en caso de que uno de los implicados denuncie los hechos (hoy sólo es posible para el cohecho).

Respecto a las soluciones centradas en la represión, tampoco puede considerarse que exista un marco satisfactorio. Y ello porque sigue existiendo una responsabilidad difusa en la toma de decisiones y su ejecución lo cual dificulta la rendición de cuentas. Pero también porque los requisitos sustantivos y procesales de las normas penales y administrativas dificultan la

¹⁸⁵² L.O. 10/95, de 23 de noviembre, (BOE 24-XI-95), de Código Penal.

¹⁸⁵³ https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_II/cap_II_6.pdf

¹⁸⁵⁴ ECORYS; PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, cit., p. 287.

¹⁸⁵⁵ Ver comentario G. DOMÉNECH PASCUAL, *Roma Delatoribus Praemiatur*, Conferencia de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 2013. Sobre la situación española es interesante también V. LAPUENTE GINÉ, “John Wayne, Salander y España”, *El País*, 2013.

imposición de sanciones.

En lo que respecta al Derecho administrativo, en España la lucha contra las corruptelas está presente desde las primeras normas de contratación administrativa del siglo XIX¹⁸⁵⁶. No sólo en el ámbito preventivo, v.g los conflictos de interés analizados más arriba, sino también en la esfera punitiva, en tanto que tradicionalmente la comisión de un delito incapacitaba para contratar con la Administración en el RD de 4 de enero de 1883, que estableció la prohibición de contratar con los procesados criminalmente¹⁸⁵⁷.

En cuanto al Derecho penal, en España, la corrupción está tipificada en varios delitos en el título XIX del Código Penal, de los “Delitos contra la Administración Pública”. Tienen especial repercusión los delitos de prevaricación (y su tipo especial agravado de prevaricación urbanística), tráfico de influencias, cohecho y malversación de fondos públicos¹⁸⁵⁸. Según un reciente estudio, la prevaricación es la que más casos ocupa, frente al tráfico de influencias que es el tipo que menos¹⁸⁵⁹. Ese mismo estudio observa que en un 65% de los casos, las sentencias incluyen la comisión de más de una de estas conductas.

Además de los problemas derivados de la redacción del tipo, los penalistas señalan también otros de carácter procesal, causa de una Ley de Enjuiciamiento Criminal del siglo XIX, y de carácter jurisprudencial, en vista de las interpretaciones sumamente magnánimas que impiden la aplicación de los tipos. Por ejemplo, en el delito de prevaricación cuando interpreta arbitrariedad como una ilegalidad “grosera y evidente, de forma que exista una contradicción insalvable entre tal resolución y el ordenamiento”, que “carezca de fundamento racional” o de manera más concisa “la arbitrariedad se liga al incumplimiento de aspectos esenciales, a la persecución de fines espurios y a la falta de competencia”¹⁸⁶⁰. Puede entenderse que se afirme que ilegalidad no equivale a arbitrariedad, pero en base a esta idea se ha elevado un obstáculo prácticamente insalvable para condenar por

¹⁸⁵⁶ A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., p. 73; Ya en la Novísima Recopilación (L. VII, T. XXXIV) encontramos una Pragmática de 9 de junio de 1500 que ordena que en las obras públicas a costa del Concejo, “el que fuere obrero y veedor de la obra no tenga cargo de recibir y gastar dinero por su mano”.

¹⁸⁵⁷ Gaceta de Madrid N° 5, de 5 de enero de 1883.

¹⁸⁵⁸ Prevaricación (artículo 404 y 405 CP); un buen resumen de la doctrina en la STS, Sala 2ª, 4 febrero de 2010 y prevaricación urbanística (artículo 320 CP); Tráfico de influencias (artículo 428 CP); Cohecho (arts 419, 420 y 423 CP); Malversación de fondos públicos (artículo 432 y 433 CP)

¹⁸⁵⁹ FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?, *Corrupción institucional y controles administrativos preventivos*, cit., 29

¹⁸⁶⁰ Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., 28

prevaricación¹⁸⁶¹. Si la manera en que están tipificados los delitos y la aplicación realizada por los Tribunales dificultan enormemente el llegar a obtener una condena ¿de qué sirve tipificar si después su aplicación se convierte en algo anecdótico? Se logra criminalizar formalmente determinadas áreas, sin lograr un resultado adecuado. Estas dificultades tienen el efecto de crear sensación de impunidad entre los responsables.

Una solución adoptada por el legislador penal ha sido la de objetivizar en cierto modo algunas penas. Así, en la prevaricación urbanística tras la reforma operada por la LO 5/2010, en la que se incluye la “prevaricación omisiva” y dentro de ésta la prevaricación por omisión de realizar inspecciones de carácter obligatorio. Por ejemplo, en Sentencia de 19 de abril, el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Málaga condena al autor de una construcción ilegal, pero también al Alcalde ya que tenía la obligación de velar por el cumplimiento de la legalidad¹⁸⁶².

La tipificación de estas conductas ha sido criticada en la medida en que se estarían criminalizando irregularidades puramente administrativas y, por tanto, dejaría de lado el principio de proporcionalidad y de *ultima ratio* del Derecho penal¹⁸⁶³. Lo cierto es que muchas veces no es fácil analizar cuando un caso alcanza suficiente relevancia penal o cuando debe quedar en el ámbito del Derecho administrativo sancionador¹⁸⁶⁴.

En lo que respecta a la modificación del contrato, se considera que forma parte de ese grupo de conductas que consiguen burlar la legalidad gracias a la opacidad que los rodea, que permite que se muevan por debajo del radar del Derecho penal¹⁸⁶⁵.

Aunque apenas hay fallos al respecto, intentaremos ahora tratar de aplicar los delitos de corrupción más comunes a la modificación. Son varios los problemas identificados al tratar de perseguir la modificación de los contratos por la vía penal. Nos centramos ahora en la prevaricación y la malversación.

¹⁸⁶¹ Sobre la magnanimidad jurisprudencial y la leve pena en el delito de prevaricación en comparación con el resto de delitos asociados a la corrupción ver *Ibid.*, p. 62 ; el autor considera que se alude muchas veces a la “intervención mínima” y se buscan justificaciones para acabar absolviendo.

¹⁸⁶² Ver al respecto la Circular 7/2011: Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo.

¹⁸⁶³ E. M. GÓRRIZ ROYO, “Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales”, cit., p. 118-119.

¹⁸⁶⁴ Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., 19

¹⁸⁶⁵ Se refiere expresamente a los modificados *Ibid.*, 2011, p. 181.

Primero, el delito de prevaricación que es el más habitual entre los llamados delitos de corrupción sólo se aplica a actos decisorios. Por tanto, los actos de trámite, y pensemos ahora en los informes técnicos y dictámenes, sólo pueden contribuir como cooperadores, pero no como autores¹⁸⁶⁶. Si a ello le añadimos que la jurisprudencia atenúa (o incluso exime) la responsabilidad penal a las autoridades que resuelven basándose en informe previo¹⁸⁶⁷, veremos que será sumamente difícil que el modificado irregular de un contrato conlleve responsabilidades penales. Como ejemplo, el reciente asunto de las obras del Hospital Sant Pau, cuyos detalles recogemos a continuación:

En mayo de 2012 una trabajadora del centro denunció varias irregularidades que dieron lugar a tres piezas separadas¹⁸⁶⁸: i) contratos fraudulentos firmados por dos ex-directivos; ii) sobrecoste de las obras del nuevo hospital; y iii) relaciones patrimoniales existentes entre las tres fundaciones. Merece la pena estudiar el caso que mezcla adjudicaciones directas y sobrecostes.

Tras realizar una primera estimación de las obras por valor de 49 millones, la entidad decide convocar un concurso de proyectos. Este concurso de proyectos es adjudicado por 1,77 millones. A esta misma empresa se le adjudica de manera directa la dirección de las obras. También de manera directa se adjudica a otra empresa la dirección ejecutiva de la obra, por un valor del 1,59% del presupuesto de ejecución material – no consta que se formalizase contrato al respecto. Tampoco se utilizó procedimiento de licitación para la contratación de los servicios de project management y supervisión y coordinación, que se adjudicaron de manera directa y sin precio cierto¹⁸⁶⁹.

Con el fin de llevar a cabo la construcción de un nuevo centro, el 4 de octubre de 2000 se adjudicó a la UTE contratista (OHL, Guinovart y Emte) la primera de las cuatro fases de la obra por un valor de 10,6 millones y mediante concurso público por procedimiento restringido. Esta UTE logra hacerse con el contrato gracias a una oferta que contiene un precio un 22% más bajo que el valor de licitación (13,3 millones)¹⁸⁷⁰. Al finaliza esta fase el precio se había incrementado en 3,3 millones a través de contratos complementarios y una modificación.

Las fases segunda y tercera se adjudican a la misma UTE en febrero y noviembre de 2002 por 16,4 y 56,5 millones de euros, si bien en este caso no se utiliza el procedimiento de concurso público, adjudicando directamente las obras¹⁸⁷¹. La Comisión de Seguimiento formada por personal del Gobierno regional y del Hospital consideró que esta forma de actuar se ajustaba a la legalidad¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁶ J. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997., p. 50.

¹⁸⁶⁷ O si la decisión se toma sin asesoramiento legal por ser un municipio pequeño. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 21 de octubre de 2002.

¹⁸⁶⁸ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/10/22/catalunya/1414010851_894323.html

¹⁸⁶⁹ Informe 33/2012 de la Sindicatura de Comptes, p. 44-45

¹⁸⁷⁰ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/24/catalunya/1337891204_862520.html

¹⁸⁷¹ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/24/catalunya/1337891204_862520.html

¹⁸⁷² También en el Informe se presentan alegaciones defendiendo que la normativa sobre contratos no se tenía que aplicar a dichos contratos ya que no se podían considerar contratos subvencionados porque técnicamente

Para la segunda fase se aplica un modificado a través del cual se minoran partidas no ejecutadas (8 millones) y se añaden otras nuevas (2 millones). Por tanto, se reduce la cuantía a pagar en 6 millones. La tercera fase también se aplican modificados que de manera agregada suman 8 millones y un proyecto complementario de 4 millones. En total, la tercera fase costó 69,6 millones.

En abril de 2005, el nuevo gerente eleva un informe al Patronato en el que pone de manifiesto los graves errores del proyecto original o la inexistencia de planificación global¹⁸⁷³. Asimismo, identifica “situaciones poco claras en la contratación de la obra y en los cambios de planificación” o “una elevada permisividad en los costes de construcción de la obra por parte del hospital”¹⁸⁷⁴.

Esta situación dio lugar a la sustitución de la UTE. Se procede a la resolución y liquidación del contrato. En la liquidación se acuerda el pago de 13 millones a la UTE, elevando así el precio de las primeras tres fases a 106,9 millones. Entre los conceptos de la liquidación se encuentra la indemnización den concepto de rescisión anticipada del contrato. Lo cierto es que en el Informe de la Sindicatura de Comptes se pone de manifiesto la inexistencia de documento alguno que justifique la adopción de los modificados de obra o de los proyectos complementarios¹⁸⁷⁵. Ni tampoco la razón de porque no se pusieron en marcha las cláusulas penalizadoras por los retrasos (que sumaron más de tres años).

La cuarta fase sí se saca a concurso por 64,9 millones y es adjudicada por un valor de 49,5 millones a otra UTE distinta, esta vez formada por Axima y Dragados. Se trataba, según el Informe, de una baja del 23,6%, que debió ser considerada como temeraria y aplicarse en base a los pliegos una garantía del 20%. Sin embargo, sólo se satisfizo garantía del 10%. Además, el contrato se firma por 9 millones más para concluir lo que quedaba pendiente de la segunda fase. En total, 58,8 millones de duros. Como dice el Informe, se produce de facto una adjudicación directa por la diferencia entre lo licitado y lo acordado en contrato. Además, a estos contratos se le aplican ciertas modificaciones y complementarios, como por ejemplo, la construcción de helipuerto, de laboratorios, etc. En muchos casos, según las alegaciones presentadas al Informe, estos proyectos se deben al avance de la tecnología médica o a las variaciones normativas sobre requisitos técnicos. El informe pone de manifiesto que la modificación de los contratos se tramita sin incluir justificación alguna, y se firma el 18 de julio de 2009, dos meses después de firmado el acuerdo de liquidación entre las partes, algo del todo irregular. En total, la cuarta fase supuso 109,7 millones.

El Hospital es inaugurado en 2009, con un coste total de las obras de 217 millones frente a los 178 por los que se adjudica. Un sobrecoste de 38,5 millones. A ello hay que añadir el coste del equipamiento, lo que dispara los sobrecostes a los 77 millones¹⁸⁷⁶.

El Juzgado de instrucción 22 de Barcelona decide archivar la causa por las siguientes razones. Respecto a las adjudicaciones directas, considera que no existe responsabilidad en la medida en que la adjudicación directa se tomó en base a un asesoramiento externo “incorrecto”. En todo caso, señala que incluso existiendo prevaricación, el delito habría prescrito. Respecto a

se abonaron con fondos propios de la entidad (p. 83) – esta postura no tiene en cuenta que ya en 1990 la Generalitat se comprometió a pagar dichas obras.

¹⁸⁷³ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/24/catalunya/1337891204_862520.html

¹⁸⁷⁴ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/24/catalunya/1337891204_862520.html

¹⁸⁷⁵ Informe 33/2012

¹⁸⁷⁶ En las alegaciones al Informe se justifica que se trata de un poder adjudicador no Administración pública cuyos contratos se rigen por el Derecho privado. Al tratarse de contratos anteriores a la entrada en vigor de la LES y sus previsiones sobre modificación de contratos, éstos no están sujetos a los límites.

los sobrecostes, en sede judicial el gerente del Hospital justifica los sobrecostes por la ampliación del terreno necesario para construir el Hospital y por el encarecimiento del instrumental¹⁸⁷⁷. El magistrado se apoya en el Informe de la Sindicatura de Cuentas para tomar su decisión. En este se considera que “no puede concretarse un perjuicio material” ya que “la obra existe” y “no se conoce cuál habría sido el coste de haber seguido el procedimiento que se estima correcto”¹⁸⁷⁸. Asimismo, al no acreditarse un daño a las arcas públicas no puede haber malversación. Por todo ello, el titular del Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, Juan Emilio Vilá Mayo, dicta auto de archivo de la causa.

Como se observa, es sumamente complicado lograr condenas de órganos que para tomar su decisión se apoyan en informes técnicos¹⁸⁷⁹.

Tampoco se condena en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 a pesar de que se acude a la adjudicación directa de manera continuada, llegando el Tribunal a considerar que en este caso el que no se observasen las formalidades pertinentes no puede considerarse arbitrariedad ya que se hizo persiguiendo la promoción e impulso de unos proyectos de gran trascendencia para el futuro empresarial y turístico de la ciudad¹⁸⁸⁰. Pensemos ahora en una modificación esencial del contrato: ¿acaso no debe ser considerada arbitraria si se lleva a cabo bajo la apariencia de estar persiguiendo un interés público?

En este sentido parece necesario avanzar hacia una objetivización del Derecho penal. En esta línea objetivizadora iría, por ejemplo, el considerar que existe dolo en los casos en que un cargo público toma decisiones irregulares de manera continua – pensemos en los continuos sobrecostes en la ejecución de los contratos¹⁸⁸¹. Como dice la profesora JAREÑO LEAL “una conducta que reiteradamente vulnera la ley sólo puede provenir de un abuso del ejercicio de poder”¹⁸⁸². La misma profesora pone de manifiesto que existe alguna jurisprudencia que considera la mala gestión de los fondos públicos como un indicio de dolo¹⁸⁸³.

¹⁸⁷⁷ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/07/03/catalunya/1372874025_012231.html

¹⁸⁷⁸ Informe 33/2012 de la Sindicatura de Comptes, de 18 de Junio de 2013

¹⁸⁷⁹ En la STS de 8 de noviembre de 2011, Sala 2ª (rec. 272/2011) sí se condena a pesar de basar la actuación en lo indicado por el aparejador municipal. Se trata, eso sí, de un caso de fraccionamiento del contrato, no de modificación. Y señala que la condición de personal laboral del aparejador no le permitía discrepar de la decisión del alcalde en funciones.

¹⁸⁸⁰ STS, de 23 junio 2003, Sala 2ª, núm. 927/2003 (MP: Puerta Luis; EDJ 2003/80508). No todos los fallos son tan desafortunados. Existen también sentencias que merecen ser destacadas como la STS, de 29 de octubre de 1998, Sala 2ª, núm. 1297/1998 (MP: Vega Ruiz; EDJ. 1998/22778).

¹⁸⁸¹ Sobre “dolo directo de prevaricar” en Á. JAREÑO LEAL, “La corrupción en la contratación pública”, en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014., p. 155

¹⁸⁸² Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., 34.

¹⁸⁸³ SAP de Murcia de 9 de julio de 2010 (MP: Soria Fernández-Mayoralas; Rec. 134/2010).

En segundo lugar, además de la prevaricación una conducta que tiene encaje en la ejecución del contrato y, por tanto, en la modificación del contrato, es la de la malversación de caudales públicos (artículo 432). Se trata de un delito de resultado que consiste en la sustracción, por cualquier medio, de dichos caudales. Por ejemplo, presentar facturas por trabajos no realizados o por servicios o suministros por debajo de lo acordado. En ese caso el delito iría acompañado también de falsificación de documento mercantil.

La malversación puede y suele concurrir con el fraude (artículo 436), en la medida en que puede existir engaño y connivencia entre funcionario y terceros para defraudar a la Administración. Por ejemplo, un modificado que no es necesario y supone un sobreprecio que paga la Administración. Así, se ha dicho que “las conductas que más refleja la jurisprudencia se refieren al momento de la ejecución del contrato... cuando el funcionario que gestiona el pago de los suministros contratados con una empresa determinada pacta con dicha empresa engrosar las facturas para repartirse el beneficio entre ambos”¹⁸⁸⁴.

A la vista de todo ello no se puede llegar a otra conclusión que a la inoperancia del Derecho penal para luchar contra las modificaciones de los contratos.

Examinemos ahora algunos casos reales de los que podamos extraer conclusiones que incorporaremos al estudio de la cuestión. El primero de los casos, el conocido como caso García Cabrera¹⁸⁸⁵, trata de una alteración sustancial del objeto de un contrato.

En 2003, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife decidió que era necesario remodelar sus oficinas. Mientras tanto, se trasladarían al Instituto García Cabrera, que sería reformado para albergar a la Corporación Local.

Sin embargo, en vez de licitar un contrato para adecuar el Instituto a su nuevo fin temporal, se consideró que el contrato de mantenimiento vigente otorgaba cobertura jurídica suficiente. Por tanto, se encargó a la compañía encargada del mantenimiento del Instituto, la realización de las obras necesarias para adecuar el edificio. Esta decisión se adoptó sin procedimiento alguno, ni siquiera con un proyecto de obras. Sencillamente IMESA presentaba facturas por los trabajos que realizaba.

En 2005 y 2006, cuando la empresa presentó las primeras facturas, el Interventor municipal planteó reparo a los pagos y suspendió los pagos considerando que no se había licitado el contrato y tampoco era posible considerar la ejecución de las obras como parte del contrato de

¹⁸⁸⁴ Á. JAREÑO LEAL (ED.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, cit., p. 124; el autor señala que este tipo se plantea siempre en la jurisprudencia en concurso con otros, siendo muchas veces concurso de normas y no de delitos. Por ello concluye que o se reforma o es prescindible.

¹⁸⁸⁵ STS, num. 597/2014, de 30 de julio de 2014, Sala 2ª (rec. 20284/2012; Saavedra Ruiz).

mantenimiento del edificio. Ese mismo día, el asesor jurídico preparó un informe según el cual las obras menores sí podían considerarse parte del contrato de mantenimiento y que, en todo caso, el trabajo que ya había sido realizado debía ser abonado para evitar el enriquecimiento injusto del Ayuntamiento. Según se supo más tarde, un informe firmado por el Asesor Jurídico, pero apoyando la postura contraria fue encontrado años después. Esa fue la razón por la que la oposición política denunció los hechos.

Así pues, el Alcalde, tan diligente como los asesores legales, firmó un Decreto por el que solventaba el reparo y levantaba la suspensión de los pagos, basándose para ello en el informe jurídico. Este procedimiento –factura, reparo, levantar reparo- se repitió de 2006 a 2009, alcanzando una suma de 7 millones de euros.

El Tribunal Supremo –que es el que juzga por la condición de Senador del entonces Alcalde de Santa Cruz de Tenerife, Miguel Zerolo- condenó al Alcalde a 8 años de inhabilitación por un delito de prevaricación continuada.

Esta vez el órgano de control funcionó adecuadamente. Pero no fue difícil para el Alcalde solventar las trabas puestas por aquél.

Asimismo es prueba de lo difícil que es probar los delitos relacionados con la corrupción. Sólo entra en juego la prevaricación, quedan fuera de consideración otros tipos como el cohecho - no hay evidencias de que el condenado ni su equipo recibieran soborno alguno-, o la malversación.

El siguiente caso estudiado es el caso Palma Arena¹⁸⁸⁶, que trata de las irregularidades cometidas en la construcción del velódromo homónimo. La complejidad del caso provocó que se desgajara en diversas causas. Todo empezó cuando Palma de Mallorca fue elegida para organizar el Mundial de Ciclismo en Pista de 2007. Para ello se requería la construcción de un velódromo. Con tal fin se constituyó el Consorcio para la construcción del velódromo Palma Arena, siendo sus accionistas la fundación pública Illesport, en Consejo Insular de Mallorca y la ciudad de Palma.

La elaboración del proyecto fue directamente adjudicada al arquitecto Sander Douma, especialista en este tipo de instalaciones. El contrato, de 8,5 millones, incluía la dirección de obra. La construcción de la instalación tuvo lugar en varias fases, y fue realizada sin planificación ni estimaciones de costes.

La primera fase, denominada 1.A, fue adjudicada a la UTE “Velódromo” de Dragados y Llabres Feliú, por 1,6 millones de euros, siendo su coste final de 2.

La segunda fase (1.B), para el parking, se adjudicó por 2,6 millones a FCC, cuya oferta fue un

¹⁸⁸⁶ Dado que el caso está abierto, todo lo aquí dicho debe entenderse como “presuntamente”. La información está basada en el Auto del Juzgado de Instrucción num. 3, Palma de Mallorca, de 30 de marzo de 2010, (Autos 2677/2008; Castro Aragón) que acuerda la prisión provisional de Jaume Matas.

32% más baja que el precio estimado. Nada más adjudicarse el contrato y antes de su firma, el contratista manifestó que su oferta contenía un error y demandó un incremento del 20%, más un 10% cuando el contrato se hubiese ejecutado. El ente contratante aceptó esta modificación.

La tercera fase (2.A) – cimientos y estructura- se publicó en el DOUE y fue adjudicada de nuevo a FCC, esta vez en UTE con Melchor Mascaró por un precio de 8,5 millones. Acabó costando 19,5 millones.

La cuarta fase (2.b) – techo- fue de nuevo adjudicada a la misma UTE por 5 millones de euros (cuantía que no requiere publicación en el DOUE). Finalmente acabó costando 14,5 millones. Ocurrió así porque el valor estimado se refería a todo el techo, lo cierto es que el contrato sólo se firmó para la estructura del techo. Por tanto, para completarse tuvo que modificarse ese contrato original.

La quinta fase (2.c) – equipamientos, diseño interior, fachada- fue adjudicado a la misma UTE por 31,9 millones y acabó costando 41,1.

Del caso Palma Arena se pueden extraer algunas conclusiones interesantes. Primero, que según consta en la decisión judicial, el proyecto del Palma Arena fue un proyecto personal del Presidente regional, quién lo persiguió con independencia de su coste. Segundo, la creación del Consorcio no perseguía mayor flexibilidad en la gestión, sino que fue un mero instrumento para ocultar prácticas irregulares. De la decisión judicial se extrae que las reuniones mantenidas eran ficticias y que las decisiones no se tomaban como órgano corporativo sino que eran reflejo de un deseo personal. Asimismo, unos años antes se aprobó una norma que permitía presentar las cuentas de las sociedades de capital público de manera agregada¹⁸⁸⁷. Tercero, en este caso un factor importante fue la ausencia de control adecuado en la ejecución. Cuarto, el caso es un buen ejemplo de las consecuencias de trabajar con proyectos de baja calidad y con improvisación, lo que deja gran margen para comportamientos irregulares.

Además, de dicha pieza surgen piezas separadas. Una de ellas, el conocido como Palma Arena (pieza 2) ha sido ya objeto de resolución¹⁸⁸⁸. Se trata de la contratación sin procedimiento alguno de un periodista para lavar la imagen del Presidente y escribir sus discursos. En ella se observa que se emitieron facturas por servicios no prestados cuyo fin no era otro que satisfacer el incremento de honorarios que solicitó el periodista. Por ello se condenó al Director General por abonar dicho importe por prevaricación y malversación, y al periodista por inductor de esos mismos delitos y por falsedad en documento mercantil.

¹⁸⁸⁷ Artículo 33.2 y 93.2 Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

¹⁸⁸⁸ STS, Sala 2ª, 15 de julio de 2013 (rec. 1216/2012).

Asimismo, es interesante observar que se condena por responsabilidad civil debiendo indemnizar solidariamente a la Comunidad Autónoma.

Otros asuntos relacionados con la modificación de contratos vienen de camino. Por ejemplo, en enero de 2016, en el marco de la operación Frontino se detuvieron a 13 personas relacionadas con los contratos de concesión de obra pública la empresa pública Acuamed, en la medida en que se certificaban obras hechas con materiales de calidad superior a la que realmente se utilizaba, o se falsificaban liquidaciones para abonar mayor cantidad al contratista¹⁸⁸⁹. También el caso de la Plataforma Logística de Zaragoza (PlaZa), el caso del Puerto de Gijón – en el que incluso la OLAF pidió a la fiscalía que abriera una investigación¹⁸⁹⁰ –, el caso del Tranvía de Parla, el caso de los sobrecostes del AVE (operación Yogui y sobrecostes de Pajares), el Teatro Calderón de Alcoi, el asunto Feria Valencia, etc.

A la vista del estudio anterior, son varias las conclusiones que se pueden extraer. En primer lugar, que no existe una verdadera voluntad política de solucionar el problema de la corrupción. Se acude a las reformas superficiales que cumple formalmente, pero siguen siendo insuficientes los medios destinados a luchar contra la corrupción¹⁸⁹¹, v.g la Memoria 2013 de la Fiscalía pone de manifiesto el escaso número de personal especializado de la AEAT (10), la IGAE (7), la Policía Nacional (11) y la Guardia Civil (10)¹⁸⁹². Sin duda influye el hecho de que España sea ejemplo de la “paradoja de la corrupción” de Simon KURER¹⁸⁹³: aunque sociológicamente la corrupción se considera un grave problema, electoralmente los españoles no castigan a los corruptos, v.g en 2011 salieron reelegidos 40 de los 69 alcaldes acusados de corrupción¹⁸⁹⁴. Sólo recientemente parece corregirse esta tendencia.

Asimismo, en términos generales, el Derecho penal no ha sido una herramienta eficaz en el

¹⁸⁸⁹ Ver http://politica.elpais.com/politica/2016/01/18/actualidad/1453149811_454509.html

¹⁸⁹⁰ http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/reports-olaf/2014/olaf_report_2014_en.pdf (acceso mayo 2015)

¹⁸⁹¹ Por ejemplo, el Plan para la Regeneración Democrática de septiembre de 2013.

¹⁸⁹² Memoria del Ministerio Fiscal del año 2013, disponible en www.fiscal.es (accedido en febrero 2015).

¹⁸⁹³ O. KURER, “Why Do Voters Support Corrupt Politicians?”, en A.K. Jain (ed.) *The Political Economy of Corruption*, Routledge, London, 2001.

¹⁸⁹⁴ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Informe sobre la Democracia en España*, 2012.

ámbito de la contratación¹⁸⁹⁵. Por ejemplo, se ha afirmado que la prevaricación “resulta una *rara avis* en el mundo de las condenas delictivas, aunque hay un goteo jurisprudencial de condenas que al menos dan prueba testimonial de su existencia”¹⁸⁹⁶. Por ello no puede esperarse que a día de hoy lo sea para luchar contra la modificación de los contratos. Frente a ello son dos las soluciones que pueden adoptarse. Por un lado, objetivizar el Derecho penal. Por ejemplo, un modificado del 19,90% de manera sistemática es una conducta corrupta: evade controles para lograr una ganancia privada, ya sea electoral o puramente personal (implicación en el proyecto). Por otro, potenciar los mecanismos de control administrativos ya estudiados.

¹⁸⁹⁵ En este sentido Á. JAREÑO LEAL, “La corrupción en la contratación pública”, cit., p. 157.

¹⁸⁹⁶ CHAVES, J.R., “De las condenas por prevaricación administrativa: ¿farol del legislador o cadáver jurídico?”, en *Contencioso*, entrada del 17 de marzo de 2008, www.contencioso.es

CAPÍTULO 8: SUPUESTOS ESPECIALES

8.1. Los contratos de obra. Los contratos a precio alzado.

La importancia de la obra pública en la normativa sobre contratación viene de lejos. Ello encuentra su razón de ser en la importancia de estos contratos siempre ha tenido en nuestra historia¹⁸⁹⁷. Es muy gráfica la expresión que utiliza la Exposición de Motivos del Proyecto de Marcelo de Azcárraga, de 20 de noviembre de 1900, el cual regula “los contratos que con mayor frecuencia se realizan por la administración, como son los de suministros, arrendamientos de edificios y de servicios públicos, y *muy principalmente*, los que afectan a los distintos sistemas que pueden adoptarse respecto al de ejecución de obras”. Lo cierto es que el contrato de suministros no fue digno de atención por los iuspublicistas del siglo XIX, y vivió “oscurecido por el astro de larga cola que fue el contrato de Obra pública”¹⁸⁹⁸.

Por estas razones, la modificación en el contrato de obras ha sido en parte ya descrito a lo largo del trabajo, en la medida en que durante años fue el espejo en que se miraron otros tipos contractuales (así, por ejemplo, en la LCE).

Al margen de otras especialidades contenidas en otros textos, como el eventual informe del Consejo de Obras Públicas en algunos supuestos¹⁸⁹⁹, en el vigente TRLCSP son dos los

¹⁸⁹⁷ ROSADO PACHECO afirma que “la construcción y explotación de las obras públicas (...) por su abundancia y continuidad parecen constituir el más importante campo, al menos durante el siglo XIX, dentro de la expresión genérica de actividad administrativa de prestación” ROSADO PACHECO, S., “La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (una reflexión sobre el concepto de obra pública)”, en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, 1989, pp. p. 1139 y ss.; Sobre la Obra pública ver FERNÁNDEZ, T.R., “Las Obras públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. III, enero-diciembre, 1983.

¹⁸⁹⁸ En gran medida, los contratos de suministro estaban limitados al ámbito militar (armas, víveres, vestuario, suministros para Hospitales militares, etc) y los presidios, cuyas reclamaciones se “enriquecen jurídicamente” por los numerosos conflictos bélicos de la época. Las primeras disposiciones generales que se ocupan de este contrato, en el ámbito de lo militar, son el Pliego general de condiciones para el contrato de suministro al ejército, de 8 de agosto de 1850; las Bases generales para los contratos de armas con destino a la Milicia Nacional, por R.O de 15 de marzo de 1856; la Instrucción de 30 de diciembre de 1862; la Instrucción de 22 de diciembre de 1864 y la Real Orden de 16 de septiembre de 1881 para la contratación de todos los servicios del ramo de Guerra. Éstos contenían continuas remisiones al RD de Bravo Murillo de 1852. Cfr. SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2003, p. 20 y 25

¹⁸⁹⁹ Reglamento del Consejo de Obras Públicas, aprobado por Orden del Ministro de la Presidencia, de 30 de septiembre de 1999 (publicado en el B.O.E. del día 7 de octubre de 1999). El artículo 16.1 del Reglamento del Consejo: «Las consultas y peticiones de informes del Consejo se ordenarán por los Ministros y por los órganos superiores y directivos de los Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente (sic, hoy Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente). Cualquier consulta que no venga suscrita en esta forma, habrá de ser devuelta para subsanación al órgano o autoridad que la hubiese formulado».

preceptos que contienen las especialidades de la modificación en el régimen del contrato de obras. Por un lado, el artículo 233 TRLCSP “Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado”, y por otro, el artículo 234 “Modificación del contrato de obras”.

En lo que respecta a la modificación de las obras a tanto alzado, su carácter es más restrictivo en la medida en que son contratos que buscan mitigar el riesgo que asume la Administración. Los llamados contratos a tanto alzado, precio cerrado o, “llave en mano”, son un conjunto de técnicas que interesan a nuestro trabajo en tanto que convierten la modificación en algo más excepcional de lo normal. Así, el artículo 233.2 TRLCSP expresamente señala que “el sistema de retribución a tanto alzado podrá, en su caso, configurarse como de precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto conforme a lo establecido en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 107.”

En todo caso, a pesar de encontrarnos ante contratos de obra a precio alzado, debe también tenerse en cuenta las circunstancias. Por ejemplo, las previsiones del estudio geotécnico y la imprevisibilidad en la aparición de roca más dura que incrementa el coste. Además, habrá que estar al clausulado del propio contrato, que gradúa la rigidez del precio cerrado¹⁹⁰⁰.

Para que se pueda licitar un contrato de obras a tanto alzado con precio cerrado la ley exige que se cumplan una serie de condiciones fijadas en el artículo 233.3 TRLCSP, que parecen exigir mayor definición del objeto del contrato:

- a) Que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, pudiendo éste establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de este sistema y se abonen por precios unitarios.
- b) Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas.
- c) Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma

Este informe del COP tiene en ocasiones un peso determinante. Por ejemplo en el Dictamen del Consejo de Estado, 1280/1994, de 14 de julio de 1994: “El Consejo de Obras Públicas y Urbanismo estima correctas las modificaciones proyectadas y el Consejo de Estado, dada la garantía técnica que merece tal juicio, lo asume”.

¹⁹⁰⁰ STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 30/06/2015 (Ar. 199086; MP: Rafael Estévez Pendás).

proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate.

d) Cuando, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 147, se autorice a los licitadores la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra que de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato deban ser ofertadas por el precio cerrado, las citadas variantes deberán ser ofertadas bajo dicha modalidad.

En este caso, los licitadores vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

El adjudicatario del contrato en el plazo que determine dicho pliego deberá aportar el proyecto de construcción de las variantes o mejoras ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación. En ningún caso el precio o el plazo de la adjudicación sufrirán variación como consecuencia de la aprobación de este proyecto.

En la jurisdicción civil encontramos alguna manifestación interesante sobre el contrato de obras a tanto alzado. Por ejemplo, el caso de la construcción de viviendas a tanto alzado, en el que por errores y modificaciones resulta que la parte demandante pide el abono de mayor cantidad en base a la doctrina del enriquecimiento injusto. Pues bien, la Sala, tras el estudio de las periciales considera:

Expuesto todo lo anterior habrá que estar a las reglas establecidas en el artículo 217 de la LEC, y al comportamiento de las partes durante la tramitación de la obra (siendo todos ellos profesionales del sector). Así se deduce que el cambio de material, los errores sufridos por la entidad demandante, y la falta de autorización expresa por la parte contratante respecto de las modificaciones realizadas, hacen que nos encontremos ante un contrato a precio alzado o cerrado. Ya que la mayoría de las modificaciones están realizadas con anterioridad a la firma de la Adenda, en la que se reconoce expresamente el precio cerrado, y la posible variación de precios ha de considerarse con la existencia de un pacto entre las partes cosa que no ha existido en el presente caso. Las circunstancias concurrentes son anomalías o divergencias que surgen en la realización de una obra, y que, en el caso de la pretensión de la parte demandante, debían de haber sido perfectamente documentadas, con la autorización del propietario de la obra, pero en base a la prueba practicada no ha quedado perfectamente claro que el contrato se abriera respecto de las partidas reclamadas, contribuyendo también a esta interpretación las periciales realizadas por la parte demandada y el Perito Judicial en la que se hace constar, una menor ejecución de lo pactado en el contrato, lo que hace avalar la teoría del precio cerrado. Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso respecto a la consideración del contrato como precio alzado o cerrado.¹⁹⁰¹

En lo que respecta al artículo 234 TRLCSP, comienza haciendo una remisión al régimen general de la modificación unilateral de los contratos o *potestas variandi* (artículo 219

¹⁹⁰¹ STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 09/09/2014 (AR.292514; MP: Ana María Aparicio Mateo).

TRLCSP) cuando señala que “serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el art. 219 y en el título V del libro I.”. Pero enseguida comienzan sus especialidades, las más importantes ya han sido comentadas al hablar de los procedimientos especiales (recordemos que se trataba de un procedimiento especial para introducir modificaciones de manera urgente, otro que permite eludir provisionalmente la suspensión y la posibilidad de introducir modificaciones sin previa aprobación). Sin embargo, el artículo tiene otras especialidades interesantes.

Primero, **las modificaciones a la baja (art. 234.1 TRLCSP)**. El precepto expresamente excluye la posibilidad de indemnización en caso de supresión o reducción de unidades de obra. Esto ya se encontraba previsto en LCE y artículo 146.1 LCAP

Segundo, en caso de introducción de unidades de obras no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, se establece un **sistema de precios contradictorios (art. 234.2 TRLCSP)**. Según éste, la Administración fijará los precios previa audiencia del contratista. En caso de no aceptar los precios propuestos, la Administración “podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente”¹⁹⁰². Ahora bien, si la Administración no quiere contratar dichas obras con un tercero, puede obligar al contratista a aceptar los precios aunque los impugne.

Antes de la aprobación de la LES en 2011 se preveía como causa de resolución del contrato de obras (art. 220.e y 221 TRLCSP) la alteración del precio de contrato en más o en menos, al 20 por ciento del precio primitivo del contrato o alteren sustancialmente el contrato, entendiendo por alteración sustancial, “entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato”.

Ahora este precepto se incluye en las previsiones generales sobre resolución de los contratos administrativos, y que no fija un umbral determinado sino que permite la resolución cuando se de cualquier modificación sustancial del contrato, remitiendo expresamente al régimen general del Título V Libro I.

¹⁹⁰² El sistema de precios contradictorios es un sistema tradicional de nuestro Derecho de contratos. Se legaliza a través del artículo 146.2 LCAP, desarrollado en el art. 158 RGLCAP.

Otra especialidad interesante de los contratos de obra son las **modificaciones que surgen durante la comprobación del replanteo**. El artículo 141 RGLCAP establece que si se deduce la necesidad de modificar el proyecto, el director debe valorar esas modificaciones y elevarlo al órgano de contratación, que será el encargado de tomar la decisión. Ahora bien, si decide modificar el proyecto “ésta se tramitará con arreglo a las normas generales de la Ley y de este Reglamento, acordando la suspensión temporal, total o parcial de la obra, ordenando en este último caso la iniciación de los trabajos en aquellas partes no afectadas por las modificaciones previstas en el proyecto”. De ello se deduce que si se trata de introducir modificaciones sustanciales deberá procederse a resolver el contrato. Si, por el contrario, las partes no consideran necesario introducir modificaciones, se firmará el acta sin ninguna reserva y comenzarán los trabajos.

8.2. Las concesiones de obra pública y servicios

Al estudiar las causas de la modificación se ha dicho que la complejidad y el plazo de los contratos son factores que provocan que aquélla sea más necesaria¹⁹⁰³. Pues bien, en los contratos de concesión de obra, concesión de servicios y los CPP concurren ambas circunstancias. La propia Comisión reconoce que “Las relaciones de CPP, al referirse a una prestación duradera, han de poder evolucionar para adaptarse a los cambios del entorno macroeconómico o tecnológico, así como a las necesidades del interés general”¹⁹⁰⁴.

Asimismo, dado que la nueva Directiva impone normas que limitan la modificación en sentido similar al del régimen general, habrá que descartar modificaciones que hasta ahora la práctica permitía. Por ejemplo, las partes contratantes en muchas ocasiones buscaban la introducción de modificaciones a través del uso del *factum principis*, es decir, que la Administración utilizaba su potestad normativa para afectar al contrato y justificar así una modificación del contrato. Ahora este sistema ya no será tan sencillo en tanto que las Directivas establecen también un sistema tasado para modificar centrado en la causa de la modificación, con independencia de si es un cambio en el seno del contrato o exterior.

¹⁹⁰³ M. BURNETT, “PPP during the Contract Execution Phase - A Need for Greater Certainty in Community Law”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2008., p. 53.

¹⁹⁰⁴ . COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 p. 47.

8.2.1. La nueva Directiva europea de concesiones

Que la UE haya decidido regular la modificación en estos contratos parecía cuestión de tiempo si tenemos en cuenta las manifestaciones de la Unión, principal impulsora de la nueva revolución normativa sobre los modificados. Así, en Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 2004¹⁹⁰⁵:

49. En general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Además, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso.

Al igual que en el régimen general, la regulación sobre la modificación en este ámbito queda regulada en un texto normativo: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. El artículo 43 de la Directiva establece el régimen de modificación de los contratos de concesión (obra o servicios). Y lo hace de manera muy similar al régimen general.

Primero establece un sistema de lista que fija los supuestos en que se puede modificar la concesión (“Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes”). Estos supuestos coinciden con los de la Directiva 2014/24: i) modificaciones previstas; ii) trabajos adicionales; iii) circunstancias imprevisibles; iv) no sean sustanciales en los términos fijados por el test Presstext; v) modificaciones menores.

La principal consecuencia de mantener un sistema igual que el del régimen general es que no se reconoce la especialidad que pueden tener las concesiones en términos de contratos complejos y a largo plazo.

Pero, además de las normas sobre modificación, la Directiva de concesiones trae consigo dos previsiones más que también tienen efecto sobre aquéllas. Por un lado, la regulación de los plazos (art. 18). Por otro, la de los riesgos. Con la nueva regulación sobre distribución de

¹⁹⁰⁵ . COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 ap. 49 y 50.

riesgos y la definición de concesión no parece posible una modificación encaminada a asegurar saldos positivos a la concesionaria, tal como ocurría hasta ahora¹⁹⁰⁶.

8.2.2. Los contratos de concesión de obra pública.

En España, el contrato de concesión de obra pública desapareció del espectro legislativo, y no fue hasta la Ley 13/2003 cuando volvió a aparecer. Dicha norma se integró más tarde en el TRLCAP. La LCSP y el TRLCSP ya contemplan al contrato de concesión de obra pública como un contrato administrativo más. Así, el TRLCSP también incorpora algunas especialidades al régimen general de modificación en el caso de los contratos de concesión de obra pública.

Las especialidades más importantes derivan del juego entre el principio de riesgo y ventura y el de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. Además, dado el carácter de la concesión de obra pública, hay que distinguir tres niveles respecto a la modificación:

- i) La modificación del proyecto de obra
- ii) La modificación en la explotación de la obra pública
- iii) La modificación del plan económico-financiero, que se produce como consecuencia de una alteración en las dos anteriores.

Primero, el artículo 243 TRLCSP se ocupa de las modificaciones en el proyecto de obra, que se remite al régimen general. A la vez afirma que “el plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes”. En cierta medida el precepto parece servir de vaso comunicante entre los problemas surgidos en la construcción de la obra y el plan de explotación. Se trata, claro, de una manifestación del principio de mantenimiento del equilibrio económico.

¹⁹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado, 512/2006, de 30 de marzo de 2006 : “La primera de las citadas cláusulas asegura al concesionario en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional. Dicha previsión comporta, de facto, la exclusión del riesgo y ventura que prevé, como principio rector, para las concesiones de autopistas la Ley 8/1972, de 10 de mayo. En cuanto medida de fomento, el aseguramiento de un saldo positivo en la explotación de la obra pública puede encontrar acomodo en la regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las concesiones de obra pública. Ahora bien, considera este Consejo que previsiones de tal índole no deber ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional. Solo razones singulares y acreditadas pueden justificar el establecimiento de previsiones como la proyectada. En el caso presente, el Consejo no puede asumirlas por cuanto no están ni debidamente justificadas, ni acreditadas en el expediente remitido en consulta. No obstante, este Cuerpo Consultivo considera que no procede objetarlas desde la estricta legalidad y que las razones de oportunidad que las amparan han sido ponderadas por los servicios preinformantes y están bajo su garantía técnica.”

Dentro de la Sección segunda “Derecho y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la administración concedente” se repiten ideas presentes a lo largo de este trabajo: el derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión (art. 245.b TRLCSP), la obligación de explotar la obra pública asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación (art. 246 TRLCSP) y la prerrogativa de la Administración de modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I” (art. 249.1.b TRLCSP).

En lo que respecta a la modificación de la obra durante su explotación, el artículo 250 TRLCSP “Modificación de la obra” señala que toda modificación, ampliación o complementario debe dar lugar “a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias”. Se da así cumplimiento al principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero.

Además, señala que toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se registrará por lo dispuesto en el art. 258 (art. 250.2 TRLCSP), y ordena que “las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación” (artículo 250.3 TRLCSP).

Como se observa, la modificación ya sea en la fase de construcción (art. 243) como de explotación (art. 258) debe ir acompañada del mantenimiento del equilibrio económico. El 258.3 TRLCSP enumera algunas posibilidades para hacerlo:

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

Sobre el plazo hay que preguntarse si esta especialidad de la concesión que permite una

prórroga del 15% de su duración inicial es acorde al Derecho Europeo. Por un lado, el art. 268 TRLCSP sobre “plazo de las concesiones” señala que los plazos sólo pueden ser prorrogados por las causas previstas en el artículo 258.3. Por otro, este permite el incremento del plazo cuando i) la retribución del concesionario proviene en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios. Ello deja entrever que en caso contrario habrá que acudir a otros mecanismos de equilibrio; ii) concurren causas de fuerza mayor o *factum principis* – el 258.2.b) se distingue del 258.2.a) refiriéndose este último a la *potestas variandi*.

En mi opinión sí es compatible con el Derecho de la Unión en la medida en que establece una serie de garantías que cumplen de lleno con éste. Ambos casos son cubiertos por el nuevo artículo 43.1 c) de la Directiva 2014/23, de concesiones.

Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:
(...)

- c) Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:
 1. Que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever,
 2. Que la modificación no altere el carácter global de la concesión
 3. En el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II [sectores especiales], el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva;

Si bien la fuerza mayor parece estar cubierta en todo caso, no ocurre lo mismo con el *factum principis* y habrá que observar en cada caso si el poder adjudicador puede o no preverlo.

Existe además un caso de modificación temporal. Entre las prerrogativas de la Administración (artículo 249 TRLCSP), además de la modificación se contempla que la Administración pueda “(j) Imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda.”.

Es interesante destacar la diferencia de control que parece alumbrar el artículo 249 TRLCSP. En éste se establece que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado (u órgano

equivalente), además de en los casos del régimen general, en los casos de modificación en que se formule oposición por parte del concesionario, y en las modificaciones que se acuerden en la fase de ejecución de las obras que se encuentren en el caso previsto en el art. 211.3.b), esto es, “cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros”. El artículo sólo se refiere a la fase ejecución de la obra. El precepto no tiene mucho sentido si tenemos en cuenta que toda modificación que supere esos umbrales tendrá que ser informada por el Consejo de Estado, con independencia de la postura del contratista. Sólo tendría sentido si consideramos dicho precepto desactiva la aplicación del régimen general (art. 211.3 TRLCSP). En ese caso se estaría dejando sin control del Consejo de Estado dos supuestos de gran importancia: i) Modificaciones en fase de ejecución que superen el umbral y que las partes estén de acuerdo; ii) todas las modificaciones en fase de explotación¹⁹⁰⁷.

Otra de las diferencias respecto al régimen general es que no hay en el caso del contrato de concesión de obra pública una previsión que contemple la resolución en caso de necesidad de modificaciones no permitidas en el Título V Libro I. ¿Debe entenderse como una omisión consciente? ¿O se trata de una laguna que se colma con la remisión del 269.k) TRLCSP a lo establecido en el régimen general, art. 107 TRLCSP? Las dudas aumentan si tenemos en cuenta que en el texto de la LCSP sí aparecía expresamente para la fase de ejecución¹⁹⁰⁸.

En la práctica, uno de los problemas que presenta la modificación en el ámbito de las concesiones de obra pública es que se mezclan cuestiones de la modificación de la obra con el restablecimiento del equilibrio de la concesión. No es raro ver que el concesionario pide el restablecimiento por *ius variandi* en la construcción y por el surgimiento de circunstancias imprevisibles durante la ejecución del contrato de concesión.

Por ejemplo, en el caso del contrato de concesión de obra pública y posterior explotación de la estación de transporte de viajeros por carretera de Pamplona. El contrato sufre una modificación del proyecto de obras (modificación aprobada en marzo de 2006 y por la que se compensa a la concesionaria), antes de la apertura de la estación, que tiene lugar en 2007.

¹⁹⁰⁷ Hay que señalar que en el TRLCAP no existía esta especialidad, siendo la redacción igual que la del régimen general.

¹⁹⁰⁸ Artículo 226.2 LCSP: “2. El concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”.

Posteriormente, en 2008, ya en plena ejecución, se produce un desequilibrio económico derivado de la falta de demanda de plazas de aparcamiento para residentes y menor utilización de las de rotación. La solicitud de la parte actora es en septiembre de 2009. La Sala considera, en primer lugar, que “modificación contractual no es, no puede serlo bajo ningún concepto, objeto de este procedimiento, pues no fue cuestionada en el momento oportuno, y su análisis en este momento sería extemporáneo”. Otro caso –que es objeto de otro procedimiento simultáneo–, es que se introdujesen modificaciones a las condiciones de la propia concesión. Pero en este caso, ni la modificación del proyecto de construcción puede ahora ser examinada, ni se produce un desequilibrio que no sea considerado riesgo y ventura. Por tanto, no hay compensación posible¹⁹⁰⁹.

8.2.3. Los contratos de gestión de servicio público

Aunque el grueso de la regulación se refiere al contrato de obras, el contrato de gestión de servicios públicos también tiene alguna especialidad interesante. En el contrato de gestión de servicios públicos se reconocía expresamente la potestad de modificar las características del servicio, las tarifas y la obligación de mantener el equilibrio financiero (artículo 74 LCE). El mismo precepto contiene un mecanismo de prevención: la modificación sólo podrá ser acordada por el órgano que autorizó la celebración del contrato. No se contenía en este caso la resolución del contrato por modificación del contrato, lo cual responde a la naturaleza especialmente protegida del contrato de gestión de servicio público: el contratista quedaba, por tanto, obligado a soportar cualquier modificación siempre que se mantuviera el equilibrio económico. El RGCE 1967 además establecía en su artículo 222 que se consignaría en el contrato el alcance de la facultad de modificar su régimen financiero que ostentaba la Administración y los derechos y obligaciones que tal evento originaba para las partes.

La LCAP en su artículo 164 establecía que “la Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, siempre, claro, compensando de manera que no se altere el equilibrio contractual.

El TRLCSP incorpora algunas especialidades al régimen general de modificación en el caso

¹⁹⁰⁹ STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14/11/2011 (Ar.44221; MP:Joaquín Galve Sauras)

de los contratos de gestión de servicio público. El artículo 282 TRLCSP comienza con una remisión al Título V Libro I, si bien ciñe la posibilidad de modificación a “las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, lo cual podría interpretarse como un límite al objeto que puede modificarse en la concesión.

De nuevo se establece la necesidad de mantener el equilibrio del contrato cuando se introduzcan modificaciones. Ahora bien, el artículo expresamente establece que debe alcanzarse el equilibrio “de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”. Es decir, que sólo se exige el restablecimiento de los supuestos económicos “básicos”. Por ello, sería recomendable que, como parte de la distribución de riesgos, se fijasen en los pliegos cuales son esos supuestos.

Como ocurre en el contrato de concesión de obra pública, el articulado (art. 282.5 TRLCSP) prevé que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

Se excluye la posibilidad de que el contratista reclame indemnización alguna cuando los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica (art. 282.3 TRLCSP).

En el contrato de gestión de servicios públicos sólo aparece como causa de resolución la modificación sustancial del contrato a través de la remisión del artículo 286 al 223 TRLCSP que, recordemos, contiene entre sus causas de resolución “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.”

8.3. Contratos de suministro y de servicios. En especial, la modificación en los acuerdos marco.

Aunque tradicionalmente el grueso de la regulación se haya referido al contrato de obras, también el contrato de suministros tenía su régimen de modificación contractual. En la LCE, se sencillamente permitía la modificación del contrato “en razón de las necesidades reales del Servicio” (artículo 93 LCE). El artículo 269 RGCE 1967 añadía que ello “estará sometida a los límites que establezca el pliego de bases y no podrá afectar a las prestaciones que hayan sido recibidas en firme por la Administración conforme al contrato. Si no se hubiese fijado en el pliego el contenido de la facultad, se aplicarán por analogía las reglas establecidas para el contrato de obras”.

Así pues, la posibilidad de modificar el contrato de suministros gozaba del mismo régimen laxo que el régimen general, es decir, que el régimen del contrato de obras.

En la normativa vigente, la modificación en el contrato de suministro se rige por lo establecido en el artículo 296 TRLCSP. El precepto comienza con una remisión al Título V Libro I y al artículo 219 (*ius variandi*) lo cual supone una unificación de régimen que pone en cuestión la necesidad del propio precepto. Asimismo, como ocurre en el contrato de obras, se prevé que el contratista no tiene derecho de reclamación alguno “en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes”.

Los contratos de servicios ni siquiera tienen un precepto que regule la modificación de éstos, por lo que habrá que estar a lo establecido para el régimen general. Sí existe, en cambio, para los contratos de servicios de mantenimiento de equipos. El artículo 306 TRLCSP establece que cuando se produzca una modificación de acuerdo a las normas generales a través de la cual “se produzca aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato”, estas modificaciones serán obligatorias.

Además, el contratista no tendrá derecho a indemnización en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos.

Respecto a la resolución del contrato, sí se contempla la causa de resolución por modificación sustancial, pero lo hace por remisión de los artículos 299 TRLCSP (suministros) y 308 (servicios) al régimen general establecido en el artículo 223 TRLCSP.

Tiene un interés especial lo dispuesto en la Disposición Adicional 34, introducida por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Esta DA

establece lo que se ha denominado como “contratos de suministros y servicios en función de las necesidades”:

“En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el art. 106 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades”.

En su tesis doctoral, VÁZQUEZ MATILLA asegura que este precepto no cumple con lo establecido en las Directivas, en la medida en que permitiría la modificación ilimitada siempre que estuviese prevista¹⁹¹⁰. Sin embargo, al obligar a que las modificaciones se prevean de acuerdo al artículo 106 TRLCSP se está haciendo una remisión a un artículo que, es en sí mismo muy rígido y que exige, entre otras cosas, que se detalle de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que se podrá modificar, así como su alcance y sus límites, “con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar”. Y lo que es más importante, “precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”. Una cláusula que permita la modificación indefinida no cumpliría con estas condiciones.

Esta DA hay que interpretarla en el contexto de los llamados acuerdos marco. Es, sin duda, una manifestación de lo que un acuerdo marco pretende – en este caso parece configurarse como un acuerdo marco cerrado individual, esto es, que no permite la renegociación de las condiciones y que se formalice con un solo licitador.

Más allá de este precepto ni las Directivas ni la norma nacional son claras a la hora de definir el régimen de modificación de un acuerdo marco¹⁹¹¹.

¹⁹¹⁰ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 151-152.

¹⁹¹¹ Sobre la perspectiva europea de los acuerdos marco y su modificación tuvimos la oportunidad de debatir

La Directiva 2014/24, en su artículo 33 define “acuerdo marco” como “un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”.

El artículo 33.2 establece que los contratos basados en un acuerdo marco “no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en dicho acuerdo marco, en particular en el supuesto al que se hace referencia en el apartado 3 [acuerdo marco de único operador]”. Pero, además, habrá que tener en cuenta la previsión del artículo 72, que engloba tanto a los contratos como a los acuerdos marco.

Lo primero que hay que dejar claro es que en el acuerdo marco no se está imponiendo adquirir un número determinado de unidades, por lo que el no agotar el valor estimado no supone una modificación del contrato¹⁹¹².

Asimismo, se ha afirmado —aunque considero que erróneamente en tanto que supone desconocer las normas sobre modificación—, que el valor estimado de un acuerdo marco no es un límite cuantitativo, sino que es un valor que opera en la fase de preparación y adjudicación, no en la de ejecución¹⁹¹³. Se llega a afirmar que, “debe indicarse aunque se hubiese sobrepasado el importe del valor estimado, si el plazo de duración del acuerdo marco no ha transcurrido, no hay que modificar el acuerdo marco, entre otras razones porque no hay que revisar al alza las estimaciones realizadas con eficacia en el acuerdo, ni modificar el importe del valor estimado, dado que la operatividad de este concepto se ha agotado con la celebración del acuerdo marco”. Y continúa:

Obviamente, puesto que el acuerdo marco no tiene límite cuantitativo inicial, y no lo constituye el valor estimado del mismo en fase de adjudicación o celebración, si las necesidades reales del conjunto de órganos y entidades partícipes en el mismo superan, durante la vigencia de aquel, dicho valor, no habrá que modificarlo ni resolverlo, por la sencilla razón de que ese valor estimado no opera a estos efectos, ni puede, por tanto, existir modificación por aquella

en X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Modification of contracts and its expansive effects on aggregated and centralised purchasing models”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.

¹⁹¹² Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 17/2012, de 20 de noviembre de 2012.

¹⁹¹³ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 17/2012, de 20 de noviembre de 2012; en el mismo sentido JCCA 35/08 y 43/08.

causa. No se supera un límite si éste no está establecido o no existe. En virtud del acuerdo marco no se asume la obligación de adquirir un número determinado de unidades prestacionales, ni se establece un límite máximo de gasto en virtud de los contratos que se basen en él, puesto que no lo exige la Ley, ya que sería contrario a su esencia, por lo que no procede atribuir al valor estimado fijado a los efectos propios del mismo, una función que no permite la Ley al no exigir presupuesto máximo en dichos acuerdos marco

8.4. La modificación de los contratos menores

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la contratación pública en España es al abuso que existe en la utilización de los contratos menores, práctica muy extendida. Los contratos menores no son más que contratos que por su escaso valor se pueden adjudicar de manera directa, sin los trámites de un procedimiento de adjudicación ordinario. En muchas ocasiones es suficiente con adjuntar la factura, o la factura y el proyecto de obras.

Al margen del procedimiento de adjudicación, durante la ejecución se comportan como contratos normales en el sentido en que pueden requerir de una modificación contractual para alcanzar sus fines.

Sin embargo, podría argumentarse que, dado que la simpleza de su objeto aconsejaba adjudicarlo de manera directa, no se puede ahora argumentar que se requieran modificaciones que le harían superar el umbral que permitió la adjudicación directa.

Así se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, que considera que “como consecuencia de una modificación contractual no se pueden superar los límites cuantitativos que establece la LCAP [entonces vigente] cuando el contrato principal se ha tramitado como un contrato menor”¹⁹¹⁴.

Hoy esta prohibición de modificar el contrato se ve fortalecida por el límite de Pressetext, ahora recogido en nuestra legislación, según el cual no se admiten modificaciones en que “pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”.

¹⁹¹⁴ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, 4/2001, de 4 de abril de 2001.

Por razones obvias tampoco cabe tratar a la modificación del contrato como si fuese la adjudicación de otro contrato menor.

8.5. La modificación de los contratos privados

Lo dicho hasta ahora es aplicable a los llamados contratos administrativos. Ahora bien, en el TRLCSP también se prevé la existencia de contratos privados, que serán todos aquellos que celebra la Administración y que caen fuera de la definición de “contrato administrativo” dada por la ley (art. 19 TRLCSP), y todos los contratos de las entidades del sector público, poder adjudicador o no, que no sean Administración. Unos contratos, los privados, que adquieren mayor importancia a cada paso que se camina en el proceso de huida del Derecho administrativo.

El régimen jurídico de estos contratos se establece en el artículo 20 TRLCSP, el cual señala que “2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”. Ahora bien, la nueva regulación LES añade que **“serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”**. Por tanto, el régimen general de modificación de los contratos (arts. 105 a 108 TRLCSP) se aplica a estos contratos. Ello produce en cierta medida la publicación de la modificación de los contratos privados del sector público. O como señala DÍEZ SASTRE, se pone de manifiesto “la inidoneidad e insuficiencia de los conceptos de contrato administrativo y contrato privado en esta materia. Esta distinción no es útil en un contexto normativo que debe interpretarse en clave europea”¹⁹¹⁵.

En todo caso habrá que estar al nuevo anteproyecto de 2015 que previsiblemente volverá a excluir estos contratos del régimen de la modificación. Sin embargo, no existe razón alguna para aplicar el mismo razonamiento que supuso el surgimiento de la doctrina restrictiva de los modificados a todos aquellos contratos que se adjudican tras una licitación. Es decir, que siempre que se haya procedido a través de un procedimiento que prevea competencia en la

¹⁹¹⁵ S. DÍEZ SASTRE, “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, cit., p. 105.

adjudicación deberá limitarse la posibilidad de modificar el contrato si se quiere conservar la función de dicho procedimiento. Por ejemplo, en los contratos privados cubiertos por el TRLCSP poco debería importar la remisión expresa al régimen general de los modificados en la medida en que para la adjudicación rigen los mismos principios que en los contratos administrativos. Por tanto, una alteración sustancial del contrato privado tiene sobre la adjudicación el mismo efecto que cuando ocurre en un contrato administrativo. Y precisamente es por ese efecto nocivo, capaz de desvirtuar la adjudicación, fue por lo que se creó un régimen de modificación del contrato¹⁹¹⁶.

Mientras el TRLCSP siga vigente, la modificación de los contratos privados debe atenerse a las reglas generales. Y ello con independencia de cuál sea la manera de modificar el contrato, si unilateralmente o por mutuo acuerdo – aunque la regla general sea esta última, no olvidemos que el Derecho privado reconoce la posibilidad de modificación unilateral en algunos casos, como el del contrato de obras (art. 1593 CC)¹⁹¹⁷.

En lo que respecta a la jurisdicción, las cuestiones relacionadas con la modificación de los contratos privados serán conocidas por la jurisdicción civil (art. 21.2 TRLCSP: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados”). No se trata de que esta jurisdicción trate sobre aspectos relativos a la prerrogativa del *ius variandi* –que continúa estando sólo disponible en los contratos administrativos-, sino que la jurisdicción civil deberá resolver sobre la adecuación de modificaciones convencionales (las únicas posibles en contratos privados) a las reglas sobre modificación¹⁹¹⁸.

Estudiemos ahora las diferencias según se trate de una Administración pública o de un ente del sector público no Administración¹⁹¹⁹. Asimismo, tendrán un régimen diferenciado según

¹⁹¹⁶ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 47: la autora considera que dado que en la adjudicación de los contratos privados de la Administración deben observarse los mismos principios que en los contratos administrativos, y dichos principios conllevan la inalterabilidad del contrato, entonces también debe ser así en los contratos privados.

¹⁹¹⁷ Vid. E. AMEZCUA ORMEÑO, “Ius variandi, precios contradictorios y revisión de precios en el contrato de obras celebrado por poder adjudicador no administración pública tras la Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 6, 2011.

¹⁹¹⁸ Coincidimos con DÍEZ SASTRE en no encontrar tan irrazonable esta solución, pero sí el mantener la dualidad de jurisdicciones Cfr. S. DÍEZ SASTRE, “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, cit., p. 115.

¹⁹¹⁹ En este punto el tratarse de contratos SARA o no sólo afecta a los recursos disponibles para impugnar la modificación, lo cual ya ha sido estudiado con anterioridad.

se aplique el TRLCSP o se trate de contratos excluidos de la aplicación de la legislación de contratos.

8.5.1. Precisiones de Derecho privado: novación y riesgo imprevisible.

La contratación privada, ya se ha dicho, gira en torno al concepto de autonomía de la voluntad, esto es, al consentimiento prestado por las partes y su fuerza para obligar. Ello supone que las partes están obligadas a cumplir lo acordado, pero también permite que si ambas están de acuerdo, puedan introducirse modificaciones al acuerdo original de manera que las prestaciones cambien y se acomoden a los intereses particulares expresados en ese acuerdo de modificación. La modificación de los contratos privados se realiza a través de un nuevo acuerdo de voluntades, y como tal tiene el efecto de obligar a las partes.

De la obligatoriedad del contrato se desprende el principio de intangibilidad del contrato¹⁹²⁰, lo cual conlleva la prohibición de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la propia validez y cumplimiento del contrato (art. 1256 CC)¹⁹²¹. Si el contrato se modifica sin acuerdo de las partes podría ocurrir que estuviésemos ante un incumplimiento contractual. Por ejemplo, en la construcción de un inmueble en que se acuerdan unas calidades determinadas y unos materiales concretos y después se utilizan otros¹⁹²². En todo caso, no perdamos de vista que el Tribunal Supremo entiende que cuando la Administración utilizar su potestad de modificación unilateral no se aplicará la prohibición del art. 1256 CC, sino la habilitación de la legislación de contratos, norma de aplicación preferente¹⁹²³.

La modificación de un contrato por mutuo acuerdo en el Derecho civil se realiza a través de la llamada novación, una figura que hunde sus raíces en el Derecho romano¹⁹²⁴. Históricamente, la novación se ha considerado como modo de extinguir las obligaciones, en

¹⁹²⁰ En el siglo XIX, las necesidades de la Revolución industrial y las actividades comerciales y financieras que se despliegan entorno a ella requieren de seguridad jurídica, lo cual se instrumenta entorno a la intangibilidad de los contratos. F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, cit. ,p. 1038.

¹⁹²¹ Consecuencia de la intangibilidad se consagra también el principio de irrevocabilidad. Este principio no es incompatible con los contratos en los que se prevé la extinción por desistimiento unilateral, como es el caso de las arras penitenciales (STS, Sala Primera, 22/09/1999 (Ar.7265; MP: Alfonso Villagómez Rodil)). En todo caso, Las causas de resolución deberán, pues, estar fijadas en el contrato, vid. STS, Sala Primera, 16/05/2012 (Ar.6351; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

¹⁹²² STS, Sala Primera, 04/12/1998 (Ar.8788; MP: Alfonso Villagómez Rodil).

¹⁹²³ STS, Sala Tercera, 21/01/2000 (Ar. 1230; MP: Manuel Goded Miranda).

¹⁹²⁴ Sobre el debatido origen de la novación ver capítulo 1 de F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, cit.;

la medida en que en un mismo acto se cumplen dos funciones: la de extinguir la obligación original y la de hacer nacer una nueva, concibiéndose como un “efecto complejo extintivo-creativo”¹⁹²⁵. Así, se observan dos efectos “necesarios, distintos y contrapuestos, pero a la vez, recíprocos e interdependientes, de suerte que cada uno de ellos se verifica sólo cuando el otro se ha producido y como su consecuencia”¹⁹²⁶. En ese sentido SANCHO REBULLIDA señala que la novación ocurre cuando “un acreedor y un deudor extinguen la obligación que les vinculaba, sustituyéndola por otra de contenido o eficacia distintas”¹⁹²⁷.

La idea de la novación como institución extintiva de las obligaciones fue objeto de una interesante discusión doctrinal. Aunque inicialmente se considera la novación como modo de extinguir las obligaciones (novación extintiva), hoy es pacíficamente aceptado que se trata de un mecanismo que permite la subsistencia del vínculo anterior¹⁹²⁸, en la medida en que permite modificar una obligación sin necesidad de extinguirla¹⁹²⁹. El magistrado Xavier O’CALLAGHAN lleva a cabo una interesante precisión sobre el posible efecto modificativo de la novación:

La novación en su sentido estricto y así lo ha considerado la jurisprudencia (sentencias de 20 de mayo de 1997, 28 de diciembre de 2000) es el modo de extinguir la obligación por la constitución de una nueva que la sustituye. Pero también la jurisprudencia (sentencias de 23 de mayo de 2000, 26 de junio de 2002, 10 de junio de 2003) ha admitido, junto a la extintiva, la “novación impropia o meramente modificativa”. La terminología más adecuada es novación para referirse a la extintiva y modificación objetiva o subjetiva para la que es simple alteración¹⁹³⁰

Considera, pues, que la llamada novación modificativa es en realidad una modificación o alteración del contrato, que ocurre cuando perviven los efectos de la obligación originaria y por tanto no se exige que se extinga la primera relación para constituir la segunda¹⁹³¹. Y es

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹²⁶ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit., p. 26.

¹⁹²⁷ F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, cit., p. 377.

¹⁹²⁸ El Código Civil español en el artículo 1156 CC reconoce a la novación como medio típico de extinción de las obligaciones. Luego la figura se regula en los artículos 1203 y siguientes, ubicados en la Sección 6ª del capítulo IV del Título I, Libro 4º ‘De la extinción de las obligaciones’. Lo mismo ocurre en el Código Civil francés, donde la novación es modo de extinguir las obligaciones (artículo 1234).

¹⁹²⁹ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit., p. 26; el autor pone de manifiesto la simplificación jurídica que ello supone.

¹⁹³⁰ STS, Sala Primera, 19/10/2012 (EDJ.237458; MP:Xavier O’Callaghan Muñoz); el mismo ponente señala que “se habla impropia de “novación modificativa” cuando se introducen cambios en un contrato” en la STS, Sala Primera, 12/11/2013 (EDJ. 225920; MP:Xavier O’Callaghan Muñoz).

¹⁹³¹ A. HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 45, enero-diciembre, 1961. L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen II. El contrato en general*, la

que, con base en los arts. 1203 y 1207 CC, la jurisprudencia y la doctrina han admitido la existencia de la novación modificativa al lado de la extintiva¹⁹³². Para HERNÁNDEZ GIL, toda novación es modificativa, pero no toda novación es extinción¹⁹³³. Que la novación tenga efectos extintivos o modificativos tiene importantes consecuencias jurídicas, como por ejemplo el régimen jurídico del contrato, que será el aplicable cuando se perfeccionó.

En la práctica, la doctrina y la jurisprudencia fijan una serie de requisitos para considerar que estamos ante una novación¹⁹³⁴. En todo caso, se trata de un instituto que debe interpretarse de manera estricta por sus efectos sobre una obligación existente¹⁹³⁵.

1. Primero, debe preexistir **una obligación válida**¹⁹³⁶. Cuando la obligación original es nula “la novación opera en vacío al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, cual es la obligación primitiva que se pretende novar”¹⁹³⁷.
2. Segundo, debe **originarse una nueva obligación válida**. Si la nueva novación fuese nula, la obligación se entiende no nacida¹⁹³⁸. Asimismo, las partes deben gozar de capacidad suficiente para realizar el acto. Esta capacidad va más allá de la capacidad general para celebrar contratos, y debe adecuarse a la relación singular entre las partes. Ello quiere decir que el acreedor debe tener el poder dispositivo del crédito, y el deudor estar capacitado para ser sujeto pasivo de la obligación que nace¹⁹³⁹.

Una manifestación de este requisito podría ser exigir que en caso de novación de un contrato, ésta se celebre con las mismas solemnidades que el original. Esta afirmación no es compartida unánimemente por la doctrina. GUTIÉRREZ SANTIAGO considera que “exigir a la novación idéntica forma que el negocio constitutivo de la obligación a novar, supone olvidar que a lo que aquélla afecta no es a los actos, negocios o contratos de los que nacen las obligaciones, sino a las obligaciones mismas”¹⁹⁴⁰. Más adelante se reflexionará acerca de esta exigencia y su aplicación en el Derecho administrativo.

3. En tercer lugar, se exige que la segunda obligación presente algo nuevo respecto de la primera. Se trata del llamado *aliquid novi*, “**algo nuevo**”, que exige disparidad entre obligaciones. Si

relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, cit., p. 235 “... no hay que extinguir la relación anterior y crear otra en su lugar. Es la autonomía de la voluntad la que decide, bien en forma expresa, bien como resultante de la total incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación”.

¹⁹³² En este sentido *Ibid.*, vol. II, p. 234.

¹⁹³³ A. HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 45, enero-diciembre, 1961.

¹⁹³⁴ Sobre los requisitos ver STS 29 enero 1999 (Ar. 330); y STS 4 noviembre 1994 (Ar. 8368).

¹⁹³⁵ STS 18 marzo de 1992 (Ar. 2206).

¹⁹³⁶ STS 19 noviembre de 1993 (Ar. 9173).

¹⁹³⁷ STS 30 diciembre 1987 (Ar. 9713).

¹⁹³⁸ STS 30 marzo 1998.

¹⁹³⁹ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit., p. 78-79.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 124; también en este sentido la STS de 20 de marzo de 1947 (ar. 355); y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, cit., p. 355-356.

no se diese tal disparidad, estaríamos ante un mero reconocimiento de deuda. Ello se pone de manifiesto cuando se exige incompatibilidad entre la obligación que se extingue y la que surge.

4. En cuarto lugar, el instituto novatorio gira en torno al concepto del *animus novandi* o **voluntad de novar**¹⁹⁴¹. Una voluntad que debe manifestarse en el acuerdo común de las partes para modificar la obligación. El carácter convencional deja fuera del ámbito de la novación a aquellas modificaciones derivadas de la Ley o de la voluntad unilateral de una de las partes, v.g el *ius variandi* del empresario en las relaciones laborales. Así, la consideración de la novación como negocio bilateral es pacíficamente aceptada por la doctrina¹⁹⁴². En la misma línea se pronuncia nuestra jurisprudencia, que niega la existencia de novación al no haberse firmado un auténtico contrato novatorio sino una mera carta de intenciones¹⁹⁴³. De ello se desprende que el contrato novatorio deberá cumplir con los requisitos de todo contrato: consentimiento, objeto y causa.

La manifestación del *animus novandi* se refuerza en el caso de las novaciones extintivas, en la medida en que no se presume, sino que exige una declaración expresa del efecto extintivo o que se trate de obligaciones incompatibles. Así, la voluntad de extinguir la obligación original debe aparecer con toda claridad, existiendo jurisprudencia que lo exige de forma inequívoca¹⁹⁴⁴, lo cual implica que sea expresa¹⁹⁴⁵ a no ser que las nuevas obligaciones sean claramente incompatibles con las anteriores¹⁹⁴⁶. Si la nueva obligación no es claramente incompatible, la novación nunca se presume¹⁹⁴⁷ ni se infiere de deducciones¹⁹⁴⁸.

Pero, ¿qué se entiende por “claramente incompatible”? El Tribunal Supremo español considera que debe tratarse de una alteración sustancial o esencial¹⁹⁴⁹. Pensemos en alteraciones de la naturaleza contractual (una compraventa que se transforma en un préstamo), en la forma de pago¹⁹⁵⁰, etc. Si se introducen variaciones accidentales entonces no estaremos ante una incompatibilidad entre obligaciones¹⁹⁵¹. Como señala GUTIERREZ SANTIAGO, en todo caso se trata de un ejercicio que debe llevarse caso a caso atendiendo a las circunstancias concretas¹⁹⁵².

Asimismo, la voluntad es importante para estudiar el alcance de la novación operada debe tenerse en cuenta la voluntad querida por las partes, y la significación económica de la modificación introducida¹⁹⁵³.

¹⁹⁴¹ El elemento que domina el funcionamiento de la novación PACTET, C., “De la realisation de la novation”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1975, p. 659.

¹⁹⁴² P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit , p. 34-37, recoge la opinión de juristas españoles, franceses e italianos.

¹⁹⁴³ STS de 30 de marzo de 1992 (Ar. 2309).

¹⁹⁴⁴ STS de 31 de mayo de 1997 (Ar. 4332); STS 31 diciembre de 1998 (Ar. 9767).

¹⁹⁴⁵ STS 23 julio 1991 (ar. 5415); STS 15 abril 1993 (ar. 2884).

¹⁹⁴⁶ STS 23 febrero 1992 (Ar. 202).

¹⁹⁴⁷ SSTs 27 junio 1992; 31 diciembre 1998.

¹⁹⁴⁸ STS 14 diciembre 1998 (Ar. 9632).

¹⁹⁴⁹ STS 18 marzo 1992 (Ar. 2206).

¹⁹⁵⁰ Sentencia 20 febrero 1986.

¹⁹⁵¹ STS 9 febrero de 1993 (Ar. 693).

¹⁹⁵² P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit , p. 97-98.

¹⁹⁵³ STS, Sala Primera, 13/01/2013 (EDJ.120781; MP:Francisco Javier Orduña Moreno): “....sin pacto expreso acerca de efecto extintivo, el cambio de la persona arrendadora, por muerte de usufructuario y titular de dicho derecho, o la mera elevación de la renta del alquiler, no constituyen extremos suficientes para sustentar una propia novación de la relación obligatoria con efectos extintivos”.

La modificación por mutuo acuerdo está plenamente aceptada por tratarse de una manifestación de la autonomía de la voluntad, en contraste con lo que ocurre cuando se produce la modificación por circunstancias sobrevenidas, que “es una de las materias más controvertidas” por ser choque entre el principio de obligatoriedad del contrato y el de equidad¹⁹⁵⁴.

Respecto a dichas circunstancias sobrevenidas, en España, el Código Civil guarda silencio al respecto, no acogiendo expresamente ninguna fórmula¹⁹⁵⁵. La jurisprudencia, en cambio, ha optado por adoptar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que en ocasiones se esgrime en conjunción con la teoría de la base del negocio¹⁹⁵⁶.

El presente estudio se centra en la cláusula *rebus sic stantibus*. Se sigue en este punto a Federico DE CASTRO quién afirma que la teoría de la base del negocio, siendo válida para el Derecho español, no es necesaria por la existencia de la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁹⁵⁷, cláusula a la que recurre el Tribunal Supremo español. Entre otras muchas, la STS de 27 de junio de 1984 señala que “entre las varias teorías surgidas para resolver el problema que se plantea en los contratos de tracto sucesivo, o que dependan de un hecho futuro, como consecuencia de una alteración o modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar, esta Sala ha admitido la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*”¹⁹⁵⁸. En todo caso, FERNÁNDEZ HIERRO observa que el Tribunal Supremo equipara ambas teorías en cuanto a sus efectos¹⁹⁵⁹. En ocasiones, incluso, la ruptura o alteración de la base del negocio se utiliza en ocasiones como test para aplicar la cláusula¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁴ J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, cit., p. 100.

¹⁹⁵⁵ Durmiendo el sueño de los justos se encuentra una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos que en su artículo 1213 se ocupa “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”: Artículo 1213. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

¹⁹⁵⁶ La adopción conjunta de ambas se observa en la STS, Sala Primera, 23/04/1991 (Ar. 3021; MP:) que recoge jurisprudencia anterior.

¹⁹⁵⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, cit., p. 325

¹⁹⁵⁸ STS, Sala Primera, 27/06/1984 (Ar. 3438; MP: Rafael Pérez Gimeno).

¹⁹⁵⁹ J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, cit., p. 72.

¹⁹⁶⁰ Teoría de la base del negocio en STS 17 mayo de 1986 (ar. 2725).

No reconocida explícitamente en la legislación¹⁹⁶¹, la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido calificada como una cláusula “justiciera”¹⁹⁶², “antigua”¹⁹⁶³, que actúa como un medio de corrección que persigue el mantenimiento de la equivalencia de prestaciones ante un evento que era imprevisible cuando se firmó el contrato¹⁹⁶⁴. Se trata, pues, de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones¹⁹⁶⁵. Ahora bien, también se califica como “cláusula peligrosa”¹⁹⁶⁶, que tiene efectos nocivos en la seguridad jurídica y en el principio de *pacta sunt servanda*, elemental en el ámbito de la contratación. Precisamente sus efectos sobre la arquitectura contractual originan recelos y conducen a una estricta aplicación¹⁹⁶⁷. Por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1992 considera que “tanto por la aplicación de la implícita cláusula «rebus sic stantibus», como por la de la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio «pacta sunt servanda» y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional”¹⁹⁶⁸.

Sobre los fundamentos de la cláusula mucho se ha escrito. Por su claridad nos quedamos con ARIÑO ORTIZ que, siguiendo al civilista PUIG BRUTAU, considera que son dos los fundamentos principales de la cláusula *rebus sic stantibus*: la voluntad de las partes y la equidad o buena fe¹⁹⁶⁹. Las partes, no lo olvidemos, se obligan no sólo a cumplir las cláusulas,

¹⁹⁶¹ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar.2673; MP:Pedro González Poveda), FJ 3º citando otras muchas..

¹⁹⁶² STS, Sala Primera, 11/06/1951 (Ar. 1649).

¹⁹⁶³ STS Sala Primera, 13/10/1954 (Ar. 2601); Un breve evolución histórica sobre el riesgo imprevisible en la Memoria del Consejo de Estado de 1987, p. 122-123; también en R. BADENES GASSET, *El Riesgo imprevisible*, cit., p. 31 y siguientes. Por su parte, ARIÑO ORTIZ considera que la cláusula rebus es una creación del Derecho intermedio, siendo los postglosadores los que le dan su formulación definitiva. Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 273.

¹⁹⁶³ Que la cláusula se encuentre implícita en la voluntad de las partes no convence a L. Díez-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen II . El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, cit., vol.II, 1976, p. 273.

¹⁹⁶⁴ Así lo define la STS, Sala Primera, 27/11/2013 (Ar. 7874; MP:José Ramón Ferrándiz Gabriel), FJ. 4º.

¹⁹⁶⁵ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar.2673; MP:Pedro González Poveda), FJ 3º.

¹⁹⁶⁶ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar.2673; MP:Pedro González Poveda), FJ 3º.

¹⁹⁶⁷ “...no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para la siempre excepcional aplicación de la llamada cláusula rebus sic stantibus...” STS, Sala Primera, 21/05/2009 (CENDOJ 28079110012009100348; MP:Francisco Marin Castan).

¹⁹⁶⁸ STS, Sala Primera, 06/11/1992 (Ar.9226; MP:Francisco Morales Morales), FJ 4º.

¹⁹⁶⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., p. 276, que cita a PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1954, tomo II, vol. I, p. 369; esa base en la equidad se observa en la STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar.2673; MP:Pedro González Poveda), FJ 3º. Además de estos dos fundamentos también se mencionan la teoría del abuso del Derecho, la doctrina de la causa, la

“sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Por tanto, la cláusula se encuentra implícita en la buena fe que preside la voluntad de las partes contratantes¹⁹⁷⁰. El Consejo de Estado español también considera que la aplicación de esta cláusula –y en general de toda teoría conducente a paliar los efectos de las alteraciones imprevisibles- encuentra su fundamento en el principio de justicia conmutativa y la *bona fides contractual*¹⁹⁷¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece los siguientes requisitos para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*:

- i. La existencia de un **contrato válido** y no completamente ejecutado. La Sala primera llega a rechazar la aplicación de la cláusula cuando el solicitante pretende la declaración de nulidad e inexistencia del contrato en tanto que la cláusula persigue un restablecimiento del equilibrio de un contrato válido¹⁹⁷².

Asimismo, no debe haberse producido la imposibilidad de la prestación, ya sea imposibilidad física, legal o económica¹⁹⁷³. En ese caso estaríamos ante una auténtica frustración del fin del contrato que faculta para su resolución. Si la prestación no ha devenido imposible, sino más onerosa, entonces hay margen para aplicar la cláusula *rebus*¹⁹⁷⁴.

- ii. Además de un contrato válido éste debe ser de **tracto sucesivo**¹⁹⁷⁵. Existe cierta jurisprudencia que aplica la cláusula a contratos de tracto único, si bien considera que

teoría del contrato leonino, la teoría del enriquecimiento injusto, el error sustancial en la contratación, la equidad, el criterio de la reciprocidad de derechos y deberes. Vid. F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit., p. 113.

¹⁹⁷⁰ Que la cláusula se encuentre implícita en la voluntad de las partes es algo que no convence a L. Díez-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen II. El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, cit., vol.II, 1976, p. 273. También en Derecho administrativo STS 12 diciembre de 1979 y 16 septiembre de 1988.

¹⁹⁷¹ Dictamen del Consejo de Estado, de 14 de mayo de 1987 (núm. 50226).

¹⁹⁷² STS, Sala Primera, 20/11/2009 (Ar.7296; MP:Xavier O'Callaghan Muñoz), FJ 4º.

¹⁹⁷³ STS 20 abril 1994 (AR. 3216).

¹⁹⁷⁴ F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit., p. 176.

¹⁹⁷⁵ J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, cit., p. 57; STS, Sala Primera, 06/06/1959 (ar. 3026; MP:). Por ejemplo, la STS, Sala Primera, 15/11/2000 (Ar.9214; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) FJ 4º señala que al ser tracto único no estaríamos ante la cláusula *rebus*, sino ante un “periculum emptoris” tradicional, esto es, al riesgo del comprador en la compraventa.

se trata de supuestos excepcionalísimos en los que el cumplimiento de la prestación se ha diferido para un momento futuro¹⁹⁷⁶

- iii. Que se produzca una **alteración extraordinaria** entre las circunstancias existentes en la celebración del contrato y las que se dan en la ejecución¹⁹⁷⁷. La jurisprudencia adjetiva la alteración de manera que se denota su carácter extraordinario. Se habla de que las circunstancias se hayan “alterado manifiestamente”¹⁹⁷⁸ o de “alteración extraordinaria”¹⁹⁷⁹. A la hora de analizar este supuesto no hay que caer en la práctica habitual de los Tribunales, que utilizan de manera intercambiable “extraordinaria” e “imprevisible”¹⁹⁸⁰.
- iv. Que las circunstancias que provocan la alteración fuesen del todo **imprevisibles** para las partes¹⁹⁸¹ -“radicalmente imprevisibles”¹⁹⁸². El artículo 1105 CC señala que “... nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Es interesante, y con posibles repercusiones para este estudio, observar como el Tribunal Supremo niega la aplicación de la cláusula en aquellos casos en que la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual¹⁹⁸³. Es decir, que si el cambio de circunstancias forma parte del alea del contrato no puede aplicarse la cláusula.

Tampoco el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración, ni la

¹⁹⁷⁶ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar. 2673; MP: Pedro González Poveda), FJ 3º; STS, Sala Primera, 28/12/2001 (Ar. 1650; MP: Francisco Marín Castán), FJ 4º; También mostrando la restricción en tracto único la Sentencia de 23 de enero de 1996.

¹⁹⁷⁷ STS, Sala Primera, 27/04/2012 (Ar. 4714; MP: Román García Varela), FJ 5º.

¹⁹⁷⁸ STS, Sala Primera, 15/06/1956 (Ar. 2485).

¹⁹⁷⁹ STS, Sala Primera, 27/04/2012 (Ar. 4714; MP: Román García Varela), FJ 5º.

¹⁹⁸⁰ J. CASTIÑEIRA JEREZ, “Pacta Sunt Servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., p. 11.

¹⁹⁸¹ SSTs 1-3-07, 21-2-90 y 17-5-86; STS, Sala Primera, 15/06/1956 (Ar. 2485): “una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias que originan una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones y que no pudieron prever al contratar”.

¹⁹⁸² STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar. 2673; MP: Pedro González Poveda), FJ 3º.

¹⁹⁸³ STS, Sala Primera, 27/11/2013 (Ar. 7874; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel). En ese caso se trata de la indefinición urbanística de una finca en un contrato de compraventa.

STS, Sala Primera, 23/04/1991 (Ar. 3021).

transformación económica de un país, pueden servir de fundamento para aplicar la cláusula¹⁹⁸⁴.

Respecto a la acción de la Administración sobre los particulares, sin perjuicio de lo que estudiemos al hablar del *factum principis*, debe señalarse que el Tribunal Supremo sí acepta la modificación de las condiciones cuando se aprueban normas. Ahora bien, hay excepciones, como cuando se trata de normas cuya aprobación se podía prever o si son decisiones en un sector altamente intervenidos, v.g la no concesión de una subvención en el sector del carbón¹⁹⁸⁵. Un caso típico en el Derecho civil es el de la compraventa de terrenos o inmuebles pendientes de desarrollo urbanístico o simplemente de licencia administrativa. En estos casos habrá que estudiar cual era la situación en el momento de firmar el contrato, estudiar el clausulado de éste y de qué manera afronta los riesgos, y también comprobar la diligencia de las partes¹⁹⁸⁶.

- v. Que se **produzca un desequilibrio** entre lo que se acordó y lo que habría que realizar para cumplir lo pactado. Este desequilibrio debe ser de “una desproporción exorbitante”¹⁹⁸⁷, “fuera de todo cálculo”¹⁹⁸⁸ que debe romper “la reciprocidad real entre los intereses de las partes”¹⁹⁸⁹. En definitiva, que el equilibrio “resulte aniquilado”¹⁹⁹⁰. Dentro del equilibrio del contrato cobra especial importancia la distribución de riesgos acordada. Así, no se acepta la aplicación de la cláusula si el contrato prevé una distribución de riesgos concreta, o contiene cláusulas sobre alteraciones del precio¹⁹⁹¹.
- vi. Que quién alega la aplicación de la cláusula lo haga de **buena fe y carezca de culpa**¹⁹⁹². Esta exigencia de buena fe en la actuación de quién la solicita se explica por la

¹⁹⁸⁴ STS, Sala Primera, 27/04/2012 (Ar. 4714; MP: Román García Varela), FJ 5º.

¹⁹⁸⁵ STS 17 noviembre 2000 (Ar. 9343).

¹⁹⁸⁶ Ver al respecto SSTs 23 febrero 1994 (Ar. 683); 10 mayo 2000 (Ar. 3107); 3 de octubre de 2000 (Ar. 93), entre otras muchas.

¹⁹⁸⁷ STS, Sala Primera, 27/06/1984 (Ar. 3438; MP:); STS, Sala Primera, 19/04/1985 (Ar. 1804; MP:); STS, Sala Primera, 23/04/1991 (Ar. 3021; MP:). La misma expresión de “desproporción exorbitante” en STS, Sala Primera, 27/04/2012 (Ar. 4714; MP: Román García Varela), FJ 5º.

¹⁹⁸⁸ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar. 2673; MP: Pedro González Poveda), FJ 3º.

¹⁹⁸⁹ STS, Sala Primera, 15/06/1956 (Ar. 2485).

¹⁹⁹⁰ STS, Sala Primera, 28/12/2001 (Ar. 1650; MP: Francisco Marín Castán), FJ 4º.

¹⁹⁹¹ STS 4 febrero 1994 (Ar. 910).

¹⁹⁹² STS, Sala Primera, 13/10/1954 (Ar. 2601; MP:) señala que la alteración de las condiciones no puede ser atribuible a ninguna de las partes.

vinculación con el artículo 1258 CC¹⁹⁹³. Recordemos que por ese precepto las partes se obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

En relación a la culpa o negligencia, el Tribunal Supremo parece poner de manifiesto la necesidad de estudiar el elemento subjetivo a la hora de concretar la imprevisibilidad del hecho acaecido, en la medida en que no acepta la aplicación del *rebus sic stantibus* cuando una sociedad dedicada a la elaboración de moldes argumenta que el precio de los materiales para la construcción del molde aumentan considerablemente¹⁹⁹⁴. Lo mismo ocurre en reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2014, donde se afirma que “quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un **profesional de la construcción** y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente. El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.”¹⁹⁹⁵

- vii. Que **no exista otra solución** para remediar el desequilibrio de las prestaciones¹⁹⁹⁶. Se trata, pues, de una pretensión de carácter subsidiario que entra en juego cuando se carece de otro recurso legal que ampare el restablecimiento del equilibrio contractual, así como que no exista una provisión expresa en el contrato para ello¹⁹⁹⁷.

Y no sólo es una cláusula de aplicación subsidiaria, sino también excepcional. Se

¹⁹⁹³ Lasarte, 1996; p. 165; en este sentido se pronuncia la sentencia STS, Sala Primera, 21/05/2009 (CENDOJ 28079110012009100348; MP: Francisco Marín Castán).

¹⁹⁹⁴ STS 27 mayo 1992 (ar. 4573).

¹⁹⁹⁵ STS, Sala Primera, 19/12/2014 (EDJ. 225847; MP: Eduardo Baena Ruiz); lo mismo en STS, Sala Primera, 14/11/2013 (Ar. 2275; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), FJ 3º; en ese caso, además, se incluyó en el contrato una cláusula por la que se pagaba un precio determinado “con el aprovechamiento urbanístico que presenta en ese momento”. En términos similares la STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar. 2673; MP: Pedro González Poveda), FJ 3º.

¹⁹⁹⁶ STS, Sala Primera, 19/04/1985 (Ar. 1804; MP:); STS, Sala Primera, 27/06/1984 (Ar. 3438; MP:); STS, Sala Primera, 27/04/2012 (Ar. 4714; MP: Román García Varela), FJ 5º.

¹⁹⁹⁷ SSTs 24 septiembre 1994 y 27 abril 2012.

observa su aplicación excepcional en la Sentencia de 14 de diciembre de 1940, sobre un contrato de suministro de mineral de hierro, el ponente, CASTÁN, señala que “la teoría jurídica -tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa- que supone implícita en los contratos la cláusula ‘rebus sic stantibus’, a que se refiere, invocándola como principio de Derecho, el recurso, no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español, siquiera puedan registrarse en el Código mismo algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella; y aun cuando cupiera tenerla en principio por admisible y eficaz, carecería de base suficiente en el caso actual en el que la alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias, no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, ni cae dentro de lo totalmente imprevisible, ni se ha demostrado que por tal cambio de circunstancias la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato”¹⁹⁹⁸.

En cuanto a los efectos de la aplicación de la cláusula, la jurisprudencia mayoritaria le atribuye efectos modificatorios del vínculo contractual, negando la posibilidad de que se pueda rescindir el contrato¹⁹⁹⁹, lo cual queda como última ratio²⁰⁰⁰, tratando siempre de dar continuidad al contrato a través de su modificación²⁰⁰¹. Ahora bien, también hay determinada línea doctrinal que defienden los efectos extintivos de la cláusula²⁰⁰². Desde el punto de vista del Derecho de contratos, se dice, la revisión judicial es la solución más invasora, ya que supone que un tercero (el juez) imponga a las partes un nuevo acuerdo²⁰⁰³. En la práctica, si sólo se permite la resolución del contrato el tercero-juez tendría escasa discrecionalidad sobre el contrato.

Un último apunte, esta vez de carácter procesal. En lo que respecta a la prescripción, en la

¹⁹⁹⁸ STS, Sala Primera, 14/12/1940 (Ar. 1135; MP: Castán Tobeñas), en la línea la posterior STS, Sala Primera, 17/05/1941 (Ar. 632) que afirma que “Se le asigna la eficacia de producir la revisión o la resolución y hasta la suspensión de los contratos, por acontecimientos sobrevenidos después de su celebración y en virtud de supremos principios de equidad que aprecian y ponderan los tribunales”.

¹⁹⁹⁹ STS, Sala Primera, 22/04/2004 (Ar. 2673; MP: Pedro González Poveda), FJ 3º recoge jurisprudencia al respecto. ; Sentencia 19 junio 1996;; STS, Sala Primera, 23/04/1991 (Ar. 3021; MP:); STS, Sala Primera, 06/06/1959 (ar. 3026).

²⁰⁰⁰ STS, Sala Primera, 03/11/1983 (Ar. 5953)

²⁰⁰¹ STS, Sala Primera, 23/11/1962 (Ar. 5005); J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, cit., p. 84.

²⁰⁰² STS 6 noviembre 1992 (Ar. 9226). Sobre el debate doctrinal al respecto ver F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit , p. 210.

²⁰⁰³ LENEL, “La cláusula rebus sic stantibus”, *Revista de Derecho Privado*, 1923., p. 79.

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* la jurisprudencia acude a los preceptos sobre nulidad, por tanto, 4 años (art. 1301 CC) desde el día que pudieron ejercitarse las acciones (1969 CC).

Ahora bien, la configuración de la cláusula se pone en cuestión si nos atenemos a determinada **línea jurisprudencial reciente**, la cual adopta una postura menos rígida en la aplicación de la cláusula, pretendiendo que no se trate a la figura como excepcional, sino que se reconozca su normalidad²⁰⁰⁴.

La nueva doctrina pretende que se abandone la “equidad y la justicia” como fundamentos del *rebus sic stantibus*. Considera que éstos son “criterios subjetivistas” que deben dar paso a “una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación”²⁰⁰⁵.

Primero, considera que aplicar la cláusula no supone atentar contra los principios fundamentales de la contratación. Tanto es así que postulados como la conmutatividad y la buena fe contractual están presentes en la realidad codificadora que encumbró principios como el *pacta sunt servanda*. Por tanto, debe dejar de considerarse la cláusula como contraria a estos principios. Segundo, los efectos modificatorios o incluso resolutorios de la figura no son excepcionales si atendemos a otras figuras con idénticas consecuencias y que se aplican sin carácter excepcional. Tercero, este sentido flexibilizador es en el que parecen caminar también los textos armonizados existentes a nivel europeo²⁰⁰⁶.

Dos son los criterios utilizados para llevar a cabo un juicio de tipicidad que conduzca a objetivizar el principio²⁰⁰⁷:

- i. Estudiar el alcance de la mutación o cambio a través de la doctrina de la base del negocio. Para ello se debe analizar tanto el impacto en la finalidad del contrato (si se frustra o no), como en el equilibrio entre las prestaciones, es decir, que no se produzca

²⁰⁰⁴ Por todas la STS,Sala Primera,30/06/2014 (CENDOJ 28079110012014100324; MP:Francisco Javier Orduña Moreno); el Magistrado Ponente aplica en esta decisión las ideas sobre la doctrina que él mismo recogió en su obra F. J. ORDUÑA MORENO; L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, cit., p. 258 y siguientes.

²⁰⁰⁵ STS,Sala Primera,30/06/2014 (CENDOJ 28079110012014100324; MP:Francisco Javier Orduña Moreno)

²⁰⁰⁶ En los Principios Europeos de la Contratación se recoge el artículo 6:111- Cambio de Circunstancias. Se trata de una redacción que le concibe el hecho como algo no excepcional.

²⁰⁰⁷ Seguimos aquí a la STS,Sala Primera,30/06/2014 (CENDOJ 28079110012014100324; MP:Francisco Javier Orduña Moreno).

- una excesiva onerosidad para una parte (principio de conmutatividad del contrato)²⁰⁰⁸.
- ii. A dicha doctrina debe acompañar el estudio del *aleas* o marco de riesgo establecido o derivado del negocio. Es el llamado “riesgo normal del contrato”. La principal consecuencia de ello es que la imprevisibilidad de la alteración ya “no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural”, lo cual se reconduce a que “dicho acontecimiento o cambio no resultara previsible en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato”²⁰⁰⁹. Será suficiente entonces con analizar si el acontecimiento resultaba o no previsible utilizando como contraste lo pactado por las partes.

8.5.2. Los contratos privados de la Administración pública

Antes de nada, hay que precisar que dentro de los contratos privados de la Administración hay que distinguir entre los contratos sujetos al TRLCSP y los contratos no sujetos, que deben regirse por otros textos. No hay que perder de vista que el TRLCSP establece un ámbito de exclusiones mayor en este sentido, por tanto serán más los contratos que se rijan por normas especiales. Ahora bien, en muchas de esas normas el principio de concurrencia está presente por lo que los límites a la modificación, que nacen de éste precisamente, deben entenderse plenamente vigentes.

En aquellos casos en los que la Administración suscribe un contrato de carácter privado sujeto al TRLCSP, todas las potestades que disfruta en el contrato administrativo no son aplicables. La división entre contrato administrativo y contrato privado es de origine exclusivamente legal. La legislación de contratos ha querido dotar de una protección extraordinaria a ciertos contratos por su estrecha conexión con los intereses públicos, mientras que los otros no necesitan de dicha protección extraordinaria ya que, aunque conectados con el interés general, no lo están en grado suficiente como para justificar la concesión de poderes exorbitantes *ex lege* a una de las partes.

²⁰⁰⁸ Hacen uso de la doctrina de la base del negocio las SSTS 20 febrero 2012 (1887/2008), 26 abril 2012 (309/2013); 11 noviembre de 2013 (638/2013).

²⁰⁰⁹ STS, Sala Primera, 30/06/2014 (CENDOJ 28079110012014100324; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) – la propia Sentencia afirma que ya se puede observar esta tendencia en las SSTS 17 y 18 de enero de 2013 (820 y 822/2012).

Entre los poderes que la Administración no disfruta cuando suscribe un contrato privado se encuentra el de modificación unilateral del contrato. El *ius variandi* es, en efecto, una de las características del contrato administrativo. Por tanto, si la Administración quiere mantener esa posibilidad deberá preverlo así en los pliegos, por lo cual la modificación unilateral pasa de ser una potestad a convertirse en un derecho contractual. La libertad de pactos permite la introducción de este tipo de cláusulas de modificación. Así, por ejemplo en un contrato de seguros, siempre y cuando se justifique en el interés público²⁰¹⁰.

En otro caso, la modificación de un contrato de derecho privado debe regirse por el mutuo acuerdo. Como señaló el Informe 48/95 JCCA, la modificación de los contratos privados de la Administración debe ser admitida en tanto que son contratos que se rigen por Derecho privado “y basado éste en materia contractual en el principio de libertad de pactos, es obvio que, al amparo del mismo, resulta admisible una modificación por mutuo acuerdo del contrato celebrado, lo que, por otra parte, es la única posibilidad en este tipo de contratos, en los que no resulta concebible ni practicable una modificación unilateral”.²⁰¹¹

Por tanto, no hay dudas de que la modificación en los contratos privados será por mutuo acuerdo. Ahora bien, hay que tener en cuenta que dicha modificación se rige también por lo establecido en el régimen general (art. 105-108 TRLCSP) por lo que se aplicarán límites estrictos a toda modificación e incluso la posibilidad de tener que resolver el contrato. Tal y como ocurría en los contratos administrativos, también en los contratos privados fue surgiendo una línea doctrinal que consideraba el principio licitatorio como límite de la modificación. Así, por ejemplo, en la modificación de un contrato sobre un bien inmueble, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala que

En definitiva, resulta admisible la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato en los contratos privados, por aplicación del principio de libertad de pactos, pero con ciertos límites que consisten, de acuerdo con la doctrina expuesta (reproducida igualmente en los informes de 17 de marzo de 1999, dos de 5 de marzo de 2001 y 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03) en que no se vean alteradas sustancialmente las condiciones del contrato que determinaron la adjudicación del mismo al contratista²⁰¹²

²⁰¹⁰ Informe 14/2009 de la JCCA de Cataluña.

²⁰¹¹ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 48/95, de 21 de diciembre de 1995..

²⁰¹² Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 37/2010, de 28 de octubre de 2011. En el caso concreto señala que “5. De acuerdo con lo que antecede, la modificación del contrato consistente en la inclusión de una cláusula que permita la resolución anticipada del derecho de superficie en su conjunto (y por tanto la reversión a favor del Ayuntamiento de lo construido), no prevista en el contrato inicial, y en la cual se fijen los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes, en principio resultaría admisible ya que no altera sustancialmente las condiciones del contrato.

Existen algunos contratos privados de la Administración que, en principio, no tendrán que observar esos estrictos preceptos. Se trata de aquellos contratos que están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP. El artículo 4 TRLCSP establece que quedan excluidos de la aplicación del TRLCSP, entre otros los siguientes contratos:

(...)

l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.

(...)

o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el art. 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley²⁰¹³.

(...)

En estos casos, y en todos los que el artículo 4 TRLCSP menciona, el TRLCSP sólo se aplicará para resolver dudas y lagunas. Habrá que estar, por tanto, a lo que establezca la normativa sectorial respectiva²⁰¹⁴.

En cualquier caso, el contenido de la misma deberá acomodarse a los criterios generales de actuación de la Administración fijados en el artículo 4 de la Ley 13/1995, y a los límites establecidos en el Código Civil.

Por el contrario, la modificación consistente en acordar la reversión parcial de las instalaciones objeto del derecho de superficie (solo de la zona deportiva, no de la social) altera sustancialmente el objeto del contrato, ya que el mismo incluía como única condición la de mantener el centro social y deportivo vinculado con la instalación hotelera colindante así como que la explotación de ambas instalaciones fuera conjunta. En su virtud, y como acertadamente se señala en el escrito de consulta dicha modificación *"desvirtuaría las bases de la convocatoria inicial de tal forma que, si otros licitadores hubieran conocido dicha posibilidad, quizás se hubieran presentado a la licitación que en su día se convocó y el resultado de la misma pudiera haber sido diferente"*, por lo que no resulta admisible acordar una modificación del contrato con este contenido de acuerdo con la doctrina expuesta.”.

²⁰¹³ Este supuesto desde 2007 ha pasado de ser contratos privados sujetos a la legislación contractual a convertirse en un supuesto excluido de su aplicación.

²⁰¹⁴ Tras la aprobación de la LCSP, que excluye la aplicación de sus normas a los contratos patrimoniales, el reenvío de la legislación patrimonial al texto de contratos debe entenderse carente de operatividad. Así, por ejemplo, el Informe 4/2009, de 15 de abril JCCA Aragón.

Un ejemplo de contratos privados de la Administración son los que afectan a bienes patrimoniales de la Administración y el objeto es ajeno a obras y servicios públicos²⁰¹⁵. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), en su artículo 110 señala que,

1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta ley y las normas de derecho privado²⁰¹⁶.

Y el artículo 111 LPAP establece que “...la Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración”. Es decir, que se consagra la libertad de pactos en este ámbito contractual de la Administración, siempre con el doble límite del ordenamiento jurídico y los principios de buena administración²⁰¹⁷. Por tanto no hay impedimento legal a la modificación del contrato por mutuo acuerdo.

Ocurre, sin embargo, que la propia LPAP establece que “Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa” (art. 107 LPAP). Es decir, que el principio licitatorio que justifica la regulación general de modificación de contratos está presente también en la LPAP. Por tanto, cierta coherencia jurídica nos empuja a abogar por la aplicación de la doctrina de la modificación sustancial en los casos que exijan de licitación. La única posibilidad de no aplicar esta

²⁰¹⁵ Sobre el carácter privado de los bienes patrimoniales ver STS, Sala Tercera, 15/02/1999 (Ar.915; MP:Rafael Fernández Montalvo). En dicho caso se discutía el carácter de un contrato sobre plaza de toros, que acaba considerándose contrato administrativo especial.

²⁰¹⁶ En caso de las entidades públicas empresariales y en los organismos públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se registrarán, en primer término, por lo establecido en sus normas de creación o en sus estatutos, con aplicación, en todo caso, de las previsiones recogidas en el art.147 de esta ley

²⁰¹⁷ J. A. CHINCHILLA PEINADO; B. PÉREZ BERNABEU, “Los contratos patrimoniales de las Administraciones públicas”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014., p. 801; así, por ejemplo el artículo 111 LPAP cuando establece que “1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración”.

doctrina será si se demuestra que los principios de transparencia e igualdad de trato no son los pilares de este tipo concreto de licitación. Sin embargo, el artículo 8.1 LPAP parece apuntar en la dirección contraria: la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales se debe ajustar, entre otros principios, a los de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de los bienes. Además, estos principios se refuerzan por el llamamiento que hace el artículo 111 LPAP al “principio de buena administración” que, sin duda, engloba la aplicación de éstos.

Ejemplo de ello son los límites que se establece a la posible prórroga en el art. 107. LPAP: “A petición del adjudicatario podrá prorrogarse el contrato para la explotación de bienes patrimoniales, por un plazo que no podrá exceder de la mitad del inicial, si el resultado de la explotación hiciera aconsejable esta medida”.

También en un caso de un contrato de arrendamiento de parcelas que se tramita a través de concurso para aprovechamientos mineros de fincas de propiedad municipal –contrato excluido del TRLCSP. Debido a la crisis la cifra de aprovechamiento mínimo no se alcanza por lo que el contratista solicita la modificación del contrato para mantener el equilibrio del contrato. La Junta considera que “la evidente alteración de condiciones jurídicas-económicas iniciales, en un contrato complejo como el descrito, en tanto se engloban en el mismo negocio jurídico prestaciones patrimoniales con régimen de explotación de yacimientos mineros de escaso valor económico —principal causa del negocio celebrado— impiden en el actual contexto económico sobrevenido el cumplimiento del referido contrato en las condiciones pactadas (ligadas a un volumen de negocio mínimo de extracción de áridos) sin que pueda apreciarse falta de diligencia en el contratista. Así, aplicando la lógica de los principios expuestos, teniendo en cuenta el esfuerzo inversor y de financiación exigido, y siendo un contrato sometido al derecho privado, parece razonable acordar una modificación del contrato con fundamento en los criterios expuestos, respetando los elementos esenciales de la licitación inicial”²⁰¹⁸.

8.5.3. Los contratos del Sector público no Administración: las instrucciones de contratación. El problema de los recursos frente a estos contratos

Gracias al efecto del Derecho europeo de los contratos públicos, la legislación española de

²⁰¹⁸ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 15/2013, de 26 de junio de 2013

contratos amplía su alcance subjetivo. Si hasta ahora hemos estudiado los contratos de la Administración, ahora es momento de estudiar la modificación de los contratos suscritos por entes que no son Administración pública, pero que están sujetos al TRLCSP.

Los contratos de los entes que no son Administración pública son considerados como contratos privados. Por ello la ejecución de los contratos queda sujeta al Derecho privado. Ahora bien, la LES prevé que estos contratos observen también las reglas generales de modificación (art. 105-108 TRLCSP). Si hasta entonces se regían por el Derecho civil (mutuo acuerdo y no limitación), ahora deben observar las normas generales de modificación.

Un ejemplo de ello son los contratos suscritos por las sociedades mercantiles de obras públicas. Dicho modelo se implantó primero en las Comunidades Autónomas, v.g para los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992, y luego en el ámbito estatal a través del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre. Se trata de la ejecución de obras a través de la llamada “gestión directa” o como se conoció tradicionalmente, “por administración”. Estas sociedades mercantiles contratarán las obras o servicios necesarios para la construcción. De no utilizarse estas sociedades intermedias dichos contratos serían adjudicados directamente por la Administración y tendrían por tanto carácter de contratos administrativos. Sin embargo, al ser adjudicados por las sociedades mercantiles, los contratos serán contratos privados. Se produce, sin duda, “la privatización (remitiendo al Derecho privado) de una actuación que debería ser – y en realidad, sustantivamente, sigue siendo- netamente pública”²⁰¹⁹. Más si cabe cuando se tiene en cuenta el verdadero objetivo de estas sociedades: huir de los controles presupuestarios. El objetivo de creación de estas sociedades no es otro que la mayor flexibilidad presupuestaria que ofrece, lo que sirvió durante mucho tiempo para construir infraestructuras bajo estrictos requisitos de déficit y deuda pública. Como señala la profesora BOBES SÁNCHEZ, se trata de evitar prohibiciones de aplazamientos, permitir compromisos plurianuales, comprometer más gasto del autorizado, en definitiva “capacidad de endeudamiento ajeno al cómputo del déficit”²⁰²⁰

²⁰¹⁹ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?”, *Revista de Administración Pública*, vol. 144, 1997., p. 54.

²⁰²⁰ M. J. BOBES SÁNCHEZ, *La teoría del cominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007. . 450

El régimen de adjudicación de estos contratos privados dependerá de si se trata de poderes adjudicadores o no. Tras las Sentencias del Tribunal de Justicia condenando a España por la reducción del concepto de “organismo de Derecho público” llevada a cabo por el LCAP, ahora parece claro que las llamadas sociedades de obras públicas son poderes adjudicadores en la medida en que cumplen las condiciones establecidas en la Directiva.

Además, tras la unificación de régimen no importará si se trata de contratos armonizados (art. 190 TRLCSP) o no armonizados (art. 191 TRLCSP). En ambos casos se trata de contratos privados que en base al artículo 20 TRLCSP están sujetos a las normas generales sobre la modificación, previstas en el Título V del TRLCSP. Así, la huida del Derecho administrativo se hace más difícil. Es posible que la situación cambie de nuevo con el nuevo texto, todavía anteproyecto, y los contratos privados del sector público vuelvan a quedar fuera del régimen general. Ahora bien, con independencia de la aplicación de las normas de modificación, lo cierto es que todos los contratos sujetos al TRLCSP deben regirse por los “principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”. Principios en los que se encuentra el origen de la regulación de la modificación de los contratos. Por tanto, se puede considerar que la observancia de dichos principios impone ciertos límites a la modificación contractual.

Por último, hay que tener en cuenta que los litigios que surjan en la ejecución de estos contratos serán objeto de la jurisdicción civil. Ello podría dar lugar a divergencias entre ambas jurisdicciones a la hora de interpretar unas normas que están repletas de conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, habrá de qué manera conciliar la norma sobre modificación y las interpretaciones como la llevada a cabo en la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014²⁰²¹, que decide rebajar el canon pagado a la Empresa Municipal de Transportes de Valencia por la adjudicataria de un contrato de gestión de espacios publicitarios. La Sala acepta la petición de la demandante y aplica la cláusula *rebus sic stantibus* al entender que la crisis económica –y el descenso en el mercado publicitario- ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial. Esa rebaja en la facturación produce

²⁰²¹ STS, Sala Primera, 30/06/2014 (Ar. 3526; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) ; en el mismo sentido la STS Sala Primera, 15/10/2014 (Ar. 6129; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) sobre la reducción de renta en el arrendamiento del inmueble de un hotel en un 29% por la crisis al entender que la base del negocio había desaparecido.

sustanciales pérdidas y compromete la viabilidad de la explotación.

8.6. La modificación en los contratos en los sectores especiales. La Directiva y su transposición.

Un régimen especial es el establecido en la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En líneas generales el régimen en estos sectores es más flexible que el de las Directivas clásicas, hasta el extremo que hay voces que consideran que las Directivas clásicas deberían tomar ejemplo en esta dirección²⁰²². Comprobemos si esa flexibilidad se da en la regulación de los modificados.

Al respecto hay que estudiar la norma comunitaria, donde está vigente la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Y la normativa nacional (Ley 31/2007).

La nueva Directiva sigue la misma línea que la Directiva clásica. En su artículo 89 recoge los mismos supuestos (modificaciones previstas, trabajos adicionales, circunstancias imprevisibles, no sustancialidad y modificaciones menores). Lo que sí se observa es que desaparece el límite porcentual (50% en la directiva clásica) a la modificación en caso de trabajos adicionales y circunstancias imprevisibles. Se da así mayor margen de actuación. Ello no obsta para que no se apliquen los límites que esos mismos supuestos imponen (límites que coinciden con la directiva clásica).

En la normativa española vigente (Ley 31/2007) nada se dice acerca de las modificaciones. Sin embargo, dado que se sujetan a Derecho comunitario, y también se rigen por los principios generales, debe entenderse que algunas normas son aplicables, y en concreto las que se deducen del triple test *Presstetext*. Asimismo, la nueva normativa nacional que está en camino deberá regular estos aspectos expresamente.

²⁰²² S. ARROWSMITH, “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, cit.

CAPÍTULO 9: LA IMPORTANCIA DE LOS ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS.

9.1. La experiencia del contratista. En especial la exclusión de candidatos en procedimientos de licitación

Una de los aspectos más importantes que se ha apuntado como posible solución a la modificación es el del correcto tratamiento de la experiencia del contratista²⁰²³. En el ámbito jurídico el principal problema radica en la manera de aplicar la experiencia, ya sea como criterio de aptitud o como criterio de adjudicación²⁰²⁴.

En España, la utilización de la experiencia pasada del contratista no puede utilizarse como criterio de adjudicación, quedando limitada a su utilización como criterio de aptitud o admisión²⁰²⁵. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006, repitiendo otros pronunciamientos anteriores recuerda que “...la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento...”²⁰²⁶.

Además, ese impacto que puede tener en la competencia se reduce si este criterio se lleva al comienzo de la licitación, esto es, a la fase de admisión, y a la vez se respetan los límites a los que los criterios de admisión (aptitud o solvencia) están sometidos. Y es que no puede exigir cualquier tipo de experiencia pasada, sino que ésta debe ser acorde al trabajo a realizar. El principio de proporcionalidad en este sentido entra en juego como ocurre con cualquier otro requisito de solvencia: por ejemplo requerir 1000 guardias jurados cuando sólo 58 son necesarios para el contrato²⁰²⁷, exigir tener en propiedad inmuebles cuando puede ser suficiente con estar en posesión a través de arrendamiento²⁰²⁸, o exigir presencia en la zona geográfica cuando el objeto contractual no lo requiere²⁰²⁹. En el caso de la experiencia pasada, el exigir un número alto de contratos ejecutados podría censurarse por el mismo

²⁰²³ Desde el punto de vista económico G. SPAGNOLO, “Reputation, competition, and entry in procurement”, cit.

²⁰²⁴ Distinción entre criterios de selección y criterios de adjudicación: STS 21 marzo 2007 (rec. 6098/2000).

²⁰²⁵ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 51/2005, de 19 de diciembre de 2005.

²⁰²⁶ STS, Sala Tercera, 11/07/2006 (EDJ 2006/109862; MP: Celsa Pico Lorenzo), FJ Séptimo; también STS 7 junio 2012 (rec. 4598/2009) citando muchas. – concesiones de transporte interurbano.

²⁰²⁷ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 217/2012.

²⁰²⁸ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 187/2012.

²⁰²⁹ Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 21/2013.

motivo.

Respecto al uso de la experiencia como criterio de adjudicación, cualquier criterio de adjudicación que pueda tener conexión con la experiencia pasada debe ser suprimido. Es lo que ocurre en un contrato de fumigación de la mosca del olivo en que se utiliza como criterio de adjudicación el hecho de “conocer el terreno”, y ello se conecta con la experiencia anterior, que ha sido criterio no admitido por la jurisprudencia²⁰³⁰.

Con independencia del momento en que se exija la experiencia pasada (aptitud o adjudicación), su acreditación es una cuestión problemática. Ésta debe realizarse a través de certificados de los organismos adjudicadores, sin que sea suficiente la mera relación presentada por las empresas²⁰³¹.

Por último, una manifestación de la experiencia pasada es la que da lugar a la prohibición de contratar ante malas experiencias con un determinado contratista. En España, ya desde el siglo XIX se contempla la prohibición de contratar con quien hubiese sido culpable de la resolución de un contrato anterior. En la actualidad, el art. 60 TRLCSP recoge la prohibición de contratar en los casos de incumplimiento de cláusulas esenciales del contrato (art. 60.2.c) y de haber sido culpable de la resolución firme de “cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3” (art. 60.2.d).

El órgano competente para declarar la prohibición es el órgano de contratación. Ahora bien, si desea que se extiendan los efectos a todo el sector público entonces debe remitir el expediente al Ministerio de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación. Sin embargo, la JCCA en su Infforme 19/2014 señala que sólo se extenderán efectos cuando se aprecie un claro, inequívoco e indiscutible daño para los intereses públicos. De manera muy forzada acude al art. 1257 CC para señalar que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorguen por lo que no cabe extender los efectos del incumplimiento.

En Europa entre estas prohibiciones de contratar se incorpora ahora a la Directiva el nuevo artículo 57.4.g): g) cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas

²⁰³⁰ STS, Sala Tercera, 24/11/2011 (EDJ.282276; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

²⁰³¹ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 5/2006, de 24 de marzo de 2006.

o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables”. Tras la trasposición habrá que ver que aplicación práctica tiene el precepto.

En el mismo sentido se pronuncia Europa, en cuyas Directivas la experiencia pasada se puede tener en cuenta a través de dos vías. Por un lado, como criterio de aptitud (ya sea para comprobar la existencia de solvencia o para considerar la exclusión de un licitador por la ejecución defectuosa de proyectos anteriores). Por otro, como criterio de adjudicación, si bien esta consideración no ha sido pacífica, como enseguida veremos.

El artículo 57.1 de la Directiva 2014/24 recoge algunos supuestos en los que la exclusión de los contratistas por sus acciones pasadas es obligatorio, tales como una sentencia firme por participación en organización delictiva, por corrupción “se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico;”, por fraude, entre otros (art. 57.1). O por incumplimiento de las obligaciones fiscales (57.2)

Por su parte, el artículo 57.4.c) de la Directiva 2014/24 permite que los poderes adjudicadores puedan potestativamente excluir a un operador cuando se “pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad”²⁰³².

Es particularmente interesante, y está directamente relacionado con la modificación del contrato, el apartado 57.4.g) que considera que la terminación anticipada del contrato podría tener consecuencias negativas para el contratista:

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en

²⁰³² Sobre el concepto de “falta profesional grave” ver Sentencia de 13 de diciembre de 2012, caso C-465/11 Forposta SA [13 de diciembre de 2012], ECLI:EU:C:2012:801.

cualquiera de las siguientes situaciones:

(...)

c) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad;

(...)

g) cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables;

Sobre este precepto hay que señalar dos cosas. Por un lado, que tal y como está redactado, la Directiva está apoderando directamente a los poderes adjudicadores, sin necesidad de que una ley nacional así lo prevea. Por otro, que en el primer caso (falta que pone en duda integridad) no se exige una decisión administrativa o judicial previa. Y en el segundo, dos elementos: se exige que en un contrato anterior se hubiese producido uno de los tres elementos que enumera: terminación anticipada, indemnización por daños y perjuicios, otras sanciones comparables; pero, además, un doble requisito ya que exige que sea consecuencia de una “deficiencia significativa o persistente” en el cumplimiento de un requisito de fondo.

A la hora de la aplicación habrá que ver de qué manera se aplica el precepto si se ha producido la sucesión de la empresa o si se trata de un grupo de empresas. Por ejemplo, en el caso español, el art. 60.3 TRLCSP establece que “Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas”.

Habrà también que tener en cuenta el mecanismo de “self-cleaning”, es decir, aquellas previsiones que permiten al licitador probar que ha adoptado medidas suficientes para no volver a incurrir en esas faltas (art. 57.6 y 57.7)²⁰³³.

Respecto al uso de la experiencia pasada como criterio de aptitud para comprobar la solvencia, la regla general de la Directiva se contiene en el artículo 58.1, en el cual se establece que los criterios de selección pueden referirse a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y

²⁰³³ S. ARROWSMITH; H.-J. PRIESS; P. FRITON, “Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2009.

profesional.

1. Los poderes adjudicadores **sólo podrán imponer los criterios** contemplados en los apartados 2, 3 y 4 **a los operadores económicos como requisitos de participación**. Limitarán los requisitos a los que sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador tienen la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. Todos los requisitos **deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados** con respecto a él.

El precepto, por tanto, remarca que hay determinados requisitos que sólo pueden ser impuestos como criterios de participación, y no como criterios de adjudicación. Y además, deben cumplir dos condiciones: estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados. Respecto a la experiencia pasada, el apartado cuarto dice:

4. Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos **poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato** con un nivel adecuado de calidad.

Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado. Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.

En los procedimientos de contratación de suministros que requieran operaciones de colocación o instalación, servicios u obras, la capacidad profesional de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar la instalación o las obras podrá evaluarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficiencia, experiencia y fiabilidad.

El juego del 57.1 y el 57.4 enmarca por tanto el uso que se le puede dar a la experiencia pasada. Para demostrar esta experiencia habrá que acudir al artículo 60.4 y su remisión a los medios de prueba enumerados en el anexo XII parte II. Así, por ejemplo, se puede solicitar la “lista de las obras ejecutadas como máximo en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución y resultado para las obras más importantes (...)”. O “la indicación de los títulos de estudios y profesionales del prestador de servicios o del contratista o de los directivos de la empresa, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación”. Para certificar esa experiencia no se podrá acudir a los antiguos clientes del licitador, o al menos así lo interpretó la Comisión cuando abrió procedimiento de infracción contra el Reino Unido (2009/4613) en la medida en que eso transmite una opinión y no un hecho.

Respecto a la experiencia pasada como criterio de adjudicación, ya anunciamos que esta no ha sido pacífica ya que puede tener un impacto discriminatorio. La utilización de la experiencia pasada como criterio de adjudicación fue prohibida en el famoso asunto *Lianakis* (2008)²⁰³⁴, en el que se consideró que la experiencia pasada (número de contratos ejecutados por ejemplo) no puede ser utilizada como criterio de adjudicación:

26. Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (...)

27. En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva

28. Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (...)

30. Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

31. Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación», en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50.

En definitiva, que si los criterios van encaminados a comprobar la capacidad real para garantizar la buena ejecución del contrato entonces deben ser criterios de solvencia y no de adjudicación. Ahora bien, las nuevas Directivas han introducido un precepto que deja la puerta abierta para considerar estos criterios como si fuesen de adjudicación. En el artículo 67.2 se dice que entre los criterios para identificar la oferta económicamente más ventajosa podrá tenerse en cuenta:

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato

El considerando 94 profundiza algo más en el sentido de este párrafo, poniendo como ejemplos para utilizar la experiencia como criterio de adjudicación en “los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes

²⁰³⁴ Sentencia de 24.01.2008, caso C-532/06 Emm. G. Lianakis AE v. Dimos Alexandroupolis [2008], ECLI:EU:C:2008:40 ; Una postura similar se repite en el asunto Comisión contra Grecia C-199/07 (2010).

adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad”.

Como señala Paula BORDALO, podría ocurrir que la entidad adjudicadora utilice la experiencia en ambas fases. Mientras que en la fase de selección será algo similar a “que haya ejecutado al menos X contratos similares”, en la fase de adjudicación estará más centrado en aspectos cualitativos²⁰³⁵.

En Inglaterra, respecto a la utilización del rendimiento pasado, el Crown Commercial Service publicó en marzo de 2015 una nota vinculante al respecto²⁰³⁶. En primer lugar, se requiere que en la adjudicación de todos los contratos cubiertos por la nota se utilice el rendimiento pasado como criterio de selección (aptitud). Debe comprobarse que los contratos más relevantes de los últimos tres años hayan sido satisfactoriamente ejecutados. Si no ha sido así deben tomarse medidas para asegurar que no vuelve a ocurrir (es decir, una especie de cláusula de *self-cleaning*).

Para seleccionar qué contratos deben certificarse, se puede solicitar a los candidatos una lista de contratos ejecutados. La manera de certificar este rendimiento pasado es a través de certificados emitidos por otras entidades adjudicadoras en calidad de clientes, y es suficiente con un e-mail.

Es interesante notar que las entidades adjudicadoras deben enviar toda la información sobre el rendimiento pasado, incluso los certificados, a la base de datos que ha creado el CCS a tal efecto.

También en Estados Unidos es interesante la aplicación que se hace de la información sobre el rendimiento pasado de los contratistas²⁰³⁷. Y se hace con cierta discrecionalidad, tal como

²⁰³⁵ P. BORDALO FAUSTINO, “Award criteria in the new EU Directive on public procurement”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 3, 2014., p. 130.

²⁰³⁶ Crown Commercial Service, Procurement Policy Note 4/2015 – Taking Account of Suppliers’ Past Performance, 25 marzo 2015; reemplaza a la PPN 9/2012 de 8 de noviembre de 2012.

²⁰³⁷ K. M. MANUEL, *Evaluating the «Past Performance» of Federal Contractors: Legal Requirements and*

se observa en una reciente decisión del GAO:

“An agency’s evaluation of past performance, including its consideration of the relevance, scope, and significance of a tenderer’s performance history, is a matter of discretion which we will not disturb unless the assessments are unreasonable or inconsistent with the solicitation criteria”²⁰³⁸.

La generalización del uso de esta técnica se debe a las reformas introducidas por KELMAN a comienzos de los años noventa²⁰³⁹. Este autor, artífice intelectual y material de la reforma en su condición de Director de la Office of Federal Procurement Policy apostó por mayor discrecionalidad de las entidades adjudicadoras, pero a la vez por expandir un sistema que permitiese conocer el desempeño de los licitadores en contratos públicos anteriores²⁰⁴⁰.

Hoy la regulación se encuentra en FAR 42.15 donde se incorporan los aspectos relativos al registro del rendimiento pasado de aquellos contratos superiores a 150.000 dólares – 650.000 en caso de contratos de obra y 30.000 en caso de contratos de arquitectura o ingeniería de proyectos. Se establece el contenido mínimo que debe contener esta evaluación (calidad, coste, plazo, gestión, subcontratación pymes y otros que puedan ser de interés como por ejemplo las prohibiciones para contratar sobrevenidas). Tras darle audiencia al contratista, esta información se recoge en bases de datos accesibles a todas las entidades adjudicadoras.

Por su parte, el contratista puede impugnar la evaluación realizada²⁰⁴¹ si bien no es sencillo lograr que se modifique la decisión tomada en base a la discrecionalidad técnica.

La consecuencia de obtener malas evaluaciones no está marcada por la FAR: Las entidades adjudicadoras pueden utilizar esa información para apartar al licitador o para no elegirle como candidato en procedimientos restringidos. Por ejemplo, cuando se exigen en los pliegos tener un registro satisfactorio.

En 2011, el GAO publicó su informe sobre “Prior Experience and Past Performance as Evaluation Criteria in the Award of Federal Construction Contracts” en el que revisa la

Issues, 2015, fecha de consulta en <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41562.pdf>.

²⁰³⁸ GAO Comp Gen Phoenix Management Inc, B-405980, 1 de mayo de 2012.

²⁰³⁹ Federal Acquisition Streamlining Act (FASA) de 1994.

²⁰⁴⁰ S. KELMAN, “Past Performance: Becoming Part of the Solution”, *Procurement Lawyer*, vol. 30, 1995.

²⁰⁴¹ *Record Steel & construction v United States* 62 Fed Cl 508 (2004).

manera en que las distintas Agencias solicitan y aplican la experiencia previa²⁰⁴²

9.2. La baja temeraria

Tradicionalmente han sido un problema en España las ofertas excesivamente bajas. Al respecto suele citarse el texto de la Exposición de Motivos del RD Bravo Murillo de 1852, que esgrime como un problema típico el “acaloramiento de los mismos [los licitadores], que solían llevarlos a veces a hacer proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después. El resultado de esto era con frecuencia que, creyendo la administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas con pérdida de tiempo y dinero”. Esta reflexión demuestra que en el ámbito nacional el objetivo último de regular la baja temeraria era la protección de la correcta ejecución del contrato y no, como ocurre en el Derecho europeo, evitar que la discriminación en la fase de adjudicación.

Y todavía hoy la preocupación está presente, tal y como se observa en el debate Parlamentario de la reforma de la ley 53/1999 de 28 de diciembre: “tal como se viene aplicando la normativa de esta materia en este momento, todos somos conscientes de que los licitadores pueden presentar ofertas por debajo del precio real en la convicción de que con posterioridad a la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente visto por vía de los modificados”²⁰⁴³. O en la Memoria Anual de 2004 del Consejo de Estado: “existen indicios de que la modificación forma parte implícita del programa contractual y que incluso asegura el equilibrio en el contrato, inicialmente sacrificado por una oferta a la baja excesiva que prevé o espera esa posterior modificación contractual”²⁰⁴⁴.

Para poner freno a estas prácticas se ideó el mecanismo de exclusión de la oferta que pudiese ser considerada como temeraria.

La LCE 1965 en su artículo 32 ya previó que la entidad contratante pudiese excluir una oferta cuando “presuma fundadamente, previo informe preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la proposición no pueda ser normalmente cumplida como

²⁰⁴² GAO, *Prior Experience and Past Performance as Evaluation Criteria in the Award of Federal Construction Contracts*, 2011.

²⁰⁴³ Diario de Sesiones Número 232 de 22 de abril de 1999.

²⁰⁴⁴ Memoria del Consejo Estado del año 2004, p. 136

consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias”. El artículo 109 del RGCE de 1975 desarrolló este precepto, afirmando que será considerada baja temeraria “la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones”²⁰⁴⁵.

Ahora bien, por el texto del precepto no quedaba claro si, una vez calificada de temeraria, la entidad adjudicataria está obligada a excluir la oferta. Parece que así era si nos atenemos a la expresión “La adjudicación definitiva confirmará la provisional, excepto en los siguientes casos (...)”. Es decir, que existía un impedimento de poder confirmar la adjudicación provisional en esos casos. En dichos casos “se adjudicará el contrato al licitador que, no estando incurso en presunción de temeridad, sea el mejor postor, salvo que el órgano de contratación considere más conveniente anunciar nueva licitación”²⁰⁴⁶. Así pues, la entidad adjudicadora tenía dos opciones: adjudicar al segundo o volver a licitar. En la actualidad esta última posibilidad ha sido suprimida ya que puede implicar declarar desierta la licitación, lo cual ya no es posible si existen licitadores aptos. Sin embargo, para la jurisprudencia también era posible adjudicar el contrato a la oferta considerada temeraria²⁰⁴⁷.

En la LCAP el precepto se mantiene sin grandes variaciones, si bien introduce alguna novedad que merece ser destacada. El artículo 84 LCAP señala que

84. 2. El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes:

(...)

b) Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.

²⁰⁴⁵ El RD 390/1996 de 1 de marzo de desarrollo parcial de la LCAP permite que ese 10% se reduzca a 5% atendiendo al objeto y circunstancias del mercado.

²⁰⁴⁶ Lo cual es visto como una innovación reglamentaria. Cfr. C. PADROS REIG, “La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. Fundamentación actual e historia normativa”, *Revista de Administración Pública*, vol. 181, 2010., p. 307.

²⁰⁴⁷ STS 17 junio 1991, ar. 4903.

Y se remite al reglamento para fijar los criterios objetivos que definen el carácter desproporcionado o temerario de la baja. Sólo incorpora varias exigencias legales. Por un lado, exige de nuevo el trámite de audiencia y el asesoramiento del servicio técnico correspondiente (art. 84.3). Por otro admite que se adjudique a quien esté inmerso en temeridad, pero sólo si se satisface una garantía de la totalidad del contrato adjudicado (cuantía que en el TRLCAP se bajó hasta el 20% por entender que estaba basada en meras suposiciones). En este caso, a diferencia del RGCE 1975, sí se admite expresamente la posibilidad de adjudicar aunque se esté inmerso en una baja temeraria (“acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad”).

En el RGLCAP 1098/2001 se recogen algunos aspectos que permiten definir cuándo estamos ante una baja temeraria. El artículo 85 establece los “Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas” – y sólo de las subastas, es decir, aquellas licitaciones en que el precio es el único criterio de adjudicación. Señala que “se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias” las siguientes ofertas:

1. Cuando, concurriendo **un solo licitador**, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
2. Cuando concurren **dos licitadores**, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurren **tres licitadores**, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales²⁰⁴⁸.
4. Cuando concurren **cuatro o más licitadores**, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

²⁰⁴⁸ Sobre tres licitadores ver Informe JCCA Madrid 7/2012; y TARC Andalucía 25/2013.

Dichos porcentajes se pueden reducir en un tercio si el órgano de contratación así lo considera y lo establece en los pliegos (art. 85.5). Asimismo, se introduce un elemento que matiza todo el régimen y es la posibilidad de que la Mesa de contratación considere la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada (art. 85.6).

Obsérvese, además, que ya no se toma como referencia la media aritmética de la baja ofrecida, como ocurría antes, sino la media aritmética de los valores absolutos de las ofertas.

Actualmente la baja temeraria se regula en el artículo 152 TRLCSP “Ofertas con valores anormales o desproporcionados”. En éste se vuelve a hacer una remisión al reglamento [todavía vigente el RD 1098/2001] si bien se aclaran algunos aspectos. Primero, que la baja debe apreciarse “por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”. Segundo, que cuando se consideran varios criterios y no sólo el precio entonces deben ser los pliegos los que detallen la manera de apreciar la baja. Tercero, las opciones de la entidad adjudicadora son sólo dos: adjudicar a la oferta temeraria o excluirla y adjudicar a la siguiente mejor opción (art. 152.4 TRLCSP). Hay que recordar que, ahora, no se puede declarar desierta una licitación cuando exista una oferta aceptable.

Este conjunto de criterios que se acaban de citar sirve exclusivamente para las “subastas”, es decir, aquellas licitaciones donde el criterio de adjudicación es de carácter económico. Pero, ¿qué ocurre si hay varios criterios de adjudicación? La regulación de la baja temeraria en los concursos no se aprueba hasta la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que introduce el apartado 87.3 LCAP²⁰⁴⁹. Por vez primera se establecía que en los concursos se podía considerar una oferta anormalmente baja, si bien para ello los pliegos deben establecer los criterios oportunos²⁰⁵⁰. Como señala una reciente decisión del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en estos casos “al no incorporar el pliego previsiones relativas a la determinación de la anormalidad de la oferta, deviene manifiestamente improcedente la atribución de carácter desproporcionado o anormal a ninguna de las ofertas presentadas, con quiebra de los principios fundamentales de la contratación, y especialmente, el de predictibilidad y certeza que afectan gravemente a la seguridad jurídica”²⁰⁵¹.

Respecto al procedimiento, si la Mesa de contratación a la hora de valorar la oferta considera que está incurso en temeridad deberá solicitar información al licitador, y solicitar informe de

²⁰⁴⁹ Informe JCCA 5/96 de 18 de junio ya había señalado que la figura de la oferta temeraria era aplicable al concurso, pero no a través de la aplicación de los criterios que regían en la subasta.

²⁰⁵⁰ Informe JCCA 40/1999, de 30 de junio.

²⁰⁵¹ TACPA, Acuerdo 38/2014 de 4 de julio de 2014.

los servicios técnicos así como de la Junta Consultiva de Contratación. El artículo 22.1.f) RD 817/2009 señala

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy art. 152 TRLCSP], y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

El artículo 152.3 TRLCSP se establece, pues, el procedimiento:

3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.²⁰⁵²

Ahora bien, será el órgano de contratación el que proceda a excluir la oferta: “4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior” (art. 152.4 TRLCSP).

De ello se puede deducir que se permite a la entidad adjudicar el contrato a una oferta en baja temeraria si considera que la oferta puede ser cumplida. En caso contrario, estará obligado a excluirla. Es una decisión de la entidad contratante que tendrá que estar

²⁰⁵² F. BLANCO LÓPEZ, “La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable.”, *Revista de Estudios Locales*, 2013. entiende que el procedimiento correcto según el Derecho Europeo (asunto *Impresa Lombardini*) debe considerar la decisión de admitir o rechaza la oferta al comienzo. Expulsar antes de ponderar las ofertas. Es una exigencia del art. 151.1 TRLCSP (p. 399 y 400).

suficientemente motivada. Como recuerda el Acuerdo 5/2013 TACPA, una oferta incurso en anormalidad requiere informe técnico detallado en que se afirme que la anormalidad no afectará a la ejecución ni supone prácticas que atenten contra la competencia.²⁰⁵³

En palabras de PADRÓS REIG, “la baja temeraria empezó a regularse como mecanismo de defensa de los intereses de la Administración frente a los contratistas (...) [lo que] se plasmaba en la facultad de exclusión de los candidatos o la declaración de desierta de la adjudicación”. Y esta forma de regular la baja temeraria no parece del todo satisfactoria. Como señala RUIZ OJEDA, “nuestro sistema de licitación a la baja no permite detectar la oferta más eficiente sino la más osada, sobre todo si, el adjudicatario sabe que podrá conseguir un alza del precio en el curso de ejecución. Coge el dinero y corre: así se podría resumir la estrategia empresarial fomentada por nuestra legislación y por la práctica administrativa”²⁰⁵⁴.

Asimismo, en la práctica no es raro ver el llamado “umbral de saciedad”, esto es, fijar umbrales máximos de baja ofrecida. Por ejemplo, otorgar una puntuación máxima a un determinado descuento, más allá del cual ya no se obtendrá mayor puntuación. Ello desincentiva el ofrecimiento de bajas y por tanto ahorro del órgano de contratación, pero a la vez es un instrumento para evitar la oferta temeraria.

Por último, hay que señalar que los poderes adjudicadores no Administración pública, y el resto de entidades del sector público, tienen libertad para establecer en los pliegos el sistema de baja anormal que deseen.

En lo que respecta a la modificación de los contratos, la baja ofertada ha llegado incluso a ser utilizada por el Consejo de Estado como criterio para entender que estamos ante un nuevo contrato. Así, en el Dictamen 5393 de 21 de diciembre de 1989 señala:

El Consejo de Estado, no obstante, debe expresar que la modificación consultada constituye en realidad un proyecto nuevo y distinto del primitivo. Y ello ha de ponerse de manifiesto de manera especial en este caso por dos motivos: a) porque las obras fueron adjudicadas con una baja importante; b) porque esta circunstancia de modificación sustancial del proyecto se ha producido en varias ocasiones en relación con las obras de acondicionamiento de la Carretera 1313, según ha apreciado este Cuerpo Consultivo al despachar diversos expedientes atinentes a las mismas. En ese sentido, hubiera sido recomendable una nueva licitación, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Contratos del Estado y 109 de su Reglamento. De cualquier manera, el Consejo de Estado debe reiterar la conveniencia de que los proyectos de obras sean definidos con minuciosidad, a fin de evitar que tengan que ser aprobados modificados que

²⁰⁵³ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, 05/2013, 25 de enero de 2013

²⁰⁵⁴ A. RUIZ OJEDA (ED.), *Derecho de la contratación pública regulada*, Civitas, Madrid, 2004., p. 436.

desvirtúen los proyectos iniciales como ha ocurrido con las obras de acondicionamiento de la Carretera 1313. Las modificaciones introducidas en los proyectos de éstas afectan a los inicialmente adjudicados en un 85% de promedio. Esta circunstancia obliga a este Cuerpo Consultivo a llamar la atención de V.E. a fin de sopesar la conveniencia, en su caso, de hacer uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 154 del Reglamento General de Contratación²⁰⁵⁵

En el Derecho europeo, la baja se configura como un mecanismo que pretende evitar la expulsión automática del licitador y su posible connotación discriminatoria. Por ejemplo, si en un país los precios de los materiales son menores, ello podría dar lugar a incurrir en baja temeraria en un concurso organizado en otro y no por ello debe ser expulsado.

La Directiva 2004/18 regulaba esta materia en el artículo 55, basándose en cuatro ideas centrales: i) no se puede excluir automáticamente; ii) se requiere un procedimiento contradictorio; iii) la anormalidad puede ser de precio o de cualquier otro elemento; iv) no hay obligación de rechazar a las ofertas anormalmente bajas excepto si se trata de ayudas de Estado que sean ilegales. Todo ello sin siquiera definir el concepto de oferta anormalmente baja, que se dejaba a los Estados.

La jurisprudencia se ha encargado de ir interpretando los anteriores elementos²⁰⁵⁶. Partiendo de que “...el objetivo principal de este artículo es evitar que un licitador quede excluido del procedimiento sin haber tenido la posibilidad de justificar el contenido de una oferta que parecía anormalmente baja”²⁰⁵⁷. En el *asunto Lombardini Mantovani* el TJUE señala los pasos que la entidad adjudicadora debe seguir:

55. En efecto, por un lado, del propio texto de dicha disposición, redactada en términos imperativos, resulta que incumbe a la entidad adjudicadora, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a las empresas afectadas la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas; en tercer lugar, valorar la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados, y, en cuarto lugar, tomar la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas. Por lo tanto, sólo será posible considerar que se han respetado las exigencias inherentes al carácter contradictorio del procedimiento de verificación de las ofertas anormalmente bajas, a efectos del artículo 30, apartado 4, de la Directiva, cuando se hayan cumplido sucesivamente todas las fases de este modo descritas²⁰⁵⁸.

²⁰⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 53953, de 21 de diciembre de 1989.

²⁰⁵⁶ Asunto T-495/04 Belfass [2008] ECR II-781; Asunto C-292/07 Comisión c. Bélgica [2009] ECR I-59; Asunto C-599/10 Slovensko [2012], entre otros.

²⁰⁵⁷ T-121/08 PC-Ware Information Technologies BV c. Comisión [2010], p. 72.

²⁰⁵⁸ Sentencia de 27.11.2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99 Impresa Lombardini y Mantovani c. ANAS [2001], ECLI:EU:C:2001:640, p. 55.

En la vigente Directiva 2014/24 se reduce la libertad del ente adjudicador, que vendrá obligado a rechazar la oferta en un mayor número de supuestos. Así, el artículo 69.3 señala que “Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.”, esto es, “las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

La entidad sólo tiene obligación de identificar las bajas temerarias y de solicitar información al respecto, pero no de rechazar las ofertas, que sólo será obligatorio si se incumplen las condiciones del artículo 18.2 o se debe a ayuda de Estado ilegal. Además, esta libertad se vería acotada, según SÁNCHEZ-GRAELLS, cuando la competencia pueda verse afectada por una oferta anormalmente baja²⁰⁵⁹. Por ejemplo, aquella oferta de un operador dominante que desplaza a los demás licitadores, lo cual entraría de lleno en el campo de los precios predatorios del Derecho de la competencia – esta idea será explorada más adelante.

En todo caso, la Directiva deja espacio para que sean los Estados los que definan qué debe entenderse por baja temeraria y cómo calcularla. La nueva regulación deja muchos interrogantes en el aire, no habiendo sido capaz de responder las dudas que la legislación anterior planteaba²⁰⁶⁰.

Lo que sí está claro es que en el ámbito europeo esta figura no está encaminada a prevenir el problema de la modificación de los contratos, pues no sirve para evitar que se adjudique el contrato a una firma que presenta una oferta hipotéticamente imposible de cumplir y por tanto se vea obligado a acudir a la modificación o terminación del contrato.

En Inglaterra, respecto a la baja temeraria, la discrecionalidad de la que gozan las entidades contratantes se impone, siendo éstas las que deciden si se excluye alguna oferta. En el asunto

²⁰⁵⁹ En ese sentido A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions”, en Mario E. Comba, Steen Treumer (eds.) *Award of Contracts in EU Procurements*, vol. 5, DJØF Publishing, Copenhagen, 2013 (European Procurement Law Series), p. 7.

²⁰⁶⁰ Al respecto ver la Tesis doctoral de G. S. OLYKKE, *Abnormally Low Tenders: With an Emphasis on Public Tenderers*, DJØF Publishing, 2010.

Morrison v. Norwich (2010)²⁰⁶¹, se considera que existía un deber de investigar una oferta por temeraria en la medida en que la oferta ganadora fue de 17,5 millones frente al resto de las ofertas que se movieron en el umbral de los 23-26 millones. El asunto acabó en acuerdo extrajudicial.

En Estados Unidos, la **baja temeraria** se regula en el FAR 3.501, a través de la llamada *Buying-in* como una de las “Improper business practices”. El precepto dice:

3.501–1 Definition.

Buying-in as used in this section, means submitting an offer below anticipated costs, expecting to— (1) Increase the contract amount after award (e.g., through unnecessary or excessively priced change orders); or (2) Receive follow-on contracts at artificially high prices to recover losses incurred on the buy-in contract

Y añade algunas de las consecuencias de esta práctica, aconsejando al Gobierno como debe licitar para evitarlo:

3.501–2 General.

(a) Buying-in may decrease competition or result in poor contract performance. The contracting officer must take appropriate action to ensure buying-in losses are not recovered by the contractor through the pricing of (1) change orders or (2) follow-on contracts subject to cost analysis.

(b) The Government should minimize the opportunity for buying-in by seeking a price commitment covering as much of the entire program concerned as is practical by using— (1) Multiyear contracting, with a requirement in the solicitation that a price be submitted only for the total multiyear quantity; or (2) Priced options for additional quantities that, together with the firm contract quantity, equal the program requirements (see subpart 17.2).

(c) Other safeguards are available to the contracting officer to preclude recovery of buying-in losses (e.g., amortization of nonrecurring costs)

Como se observa en estos preceptos, el problema sí ha sido identificado en Estados Unidos, si bien las entidades adjudicadoras tienen bastante discrecionalidad al respecto. No se ha prohibido el aceptar ofertas que no alcance a cubrir los costes de la ejecución.

Ryan DERRY propone que en estos casos sea de aplicación la *False Claim Act*, norma que persigue la reclamación de cuantías falsas o fraudulentas – norma que surge en la Guerra Civil americana y que sirve hoy, entre otras cosas, para combatir la corrupción, incorporando una política de recompensas a los delatores. El autor estudia el asunto Bettis, en el que una compañía considera que la contratista redujo fraudulentamente su oferta para hacerse con el

²⁰⁶¹ Asunto *Morrison v. Norwich* [22 febrero 2010] EWHC 487

contrato²⁰⁶². Ni en la instancia ni en la apelación se le dio la razón, pero no por no ser aplicable la FCA, sino por no haber acreditado la existencia de fraude. Y es que no se sencilló acreditar la existencia de fraude, menos cuando las modificaciones resultan de causas ajenas a la oferta.

Recientemente, en el asunto *Nyle J. Hooper v. Lockheed Martin Corp.*, la Court of Appeals se ha pronunciado finalmente en este sentido, admitiendo que las ofertas con estimaciones infravaloradas pueden constituir una violación de la False Claim Act²⁰⁶³. El asunto surge gracias a un antiguo ingeniero de proyectos que interpone una *qui tam* action denunciando que Lockheed Martin defraudaba a la Fuerza Aérea en un contrato de hardware y servicios informáticos. Así, presentó su oferta por un valor de 432 millones, la mitad del valor estimado, si bien después –dado que se trataba de un contrato de reembolso de costes- logró que se le abonasen costes hasta alcanzar los 900 millones. La Sala considera que “false estimates, defined to include fraudulent underbidding in which the bid is not what the defendant actually intends to charge, can be a source of liability under the [False Claims Act], assuming that the other elements of a [False Claims Act] claim are met”. La Sala basa su fallo en el testimonio del ex-empleado y de otros empleados actuales. En otro caso similar²⁰⁶⁴, la auditoría descubrió notas manuscritas detallando los planes para ajustar la oferta por lo que se acabó condenando a la compañía.

Estos fallos son importantes ya que abren una vía para luchar contra las bajas en las licitaciones. Y no se exige necesariamente demostrar fraude, sino que es suficiente comprobar que el contratista ignoró deliberada o negligentemente los verdaderos costes del trabajo.

9.3. Los trabajos complementarios

En la Unión Europea, la figura del contrato complementario tiene larga tradición. Hasta hace poco se ha contemplado como un supuesto bajo el cual se permitía adjudicar el contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad, siempre que se cumplieran unas condiciones. Así, por ejemplo en los contratos de obras y de servicios, el artículo 31.4 de la

²⁰⁶² *Betts v Oderbrecht Contractors of California* (OCC) 297 F. Supp 2d 272.

²⁰⁶³ *Nyle J. Hooper v. Lockheed Martin Corp.*, 688 F.3d 1037 (9th Cir. 2012).

²⁰⁶⁴ *United States v. United Technologies Corporation*, 626 F.3d 313, 317 (6th Cir. 2010).

Directiva 2004/18 señala que,

Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes: (...) 4) respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:

a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:

— cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien

— cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial;

Hoy el enfoque de la nueva Directiva 2014/24 es diferente. La figura de los trabajos complementarios – o adicionales- ya no está regulada como un supuesto de negociado sin publicidad, sino como un supuesto de modificación del contrato. Podría argumentarse que todavía persiste una posibilidad de no enmarcar trabajos complementarios en el ámbito de la modificación y ésta es la que se prevé en el artículo 32 cuando establece que se permite acudir a este procedimiento “cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones: (...) ii) que no exista competencia por razones técnicas; iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.” Con el límite de que “Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación;”

En España, mientras no se transponga la nueva Directiva y se atraiga la regulación del complementario hacia la modificación, el contrato complementario seguirá teniendo un régimen jurídico particular. Parece que ese camino será el adoptado por el Anteproyecto de 2015, a imagen de las Directivas.

La posibilidad de llevar a cabo contratos complementarios se recoge por primera vez en el RGCE de 1967. El artículo 153 recoge el régimen de las obras complementarias o accesorias.

A pesar de quedar incardinado dentro de la modificación del contrato establece que éstas deben ser objeto de contrato independiente adjudicado siguiendo el procedimiento establecido, salvo que su valor fuese inferior al 20%, en cuyo caso podrá ser adjudicado directamente al contratista original. El mismo artículo parece definir las obras complementarias como aquellas no incluidas en el proyecto y que la Administración estime conveniente ejecutar. Por tanto, la conveniencia del complementario se contrapone a la necesidad que exige el modificado²⁰⁶⁵.

En 1995, la previsión de contratos complementarios adquiere rango legislativo. Por influencia comunitaria el artículo 141 LCAP recoge los complementarios como supuesto que habilita el procedimiento de negociación sin publicidad. Además, la regulación incorpora un presupuesto habilitante para la Administración, y es que se trate de causas imprevistas, lo cual se explica por su pasada vinculación con la modificación y por el intento de frenar su utilización abusiva:

d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su importe total no exceda del 20 por 100 del precio del contrato en el momento de la aprobación de dichas obras complementarias y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato inicial o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Será requisito para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.

Con la ley 53/1999 se introducen una serie de modificaciones importantes en este precepto que pretenden evitar los abusos que se producían. El apartado quedará redactado de la siguiente manera:

d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal:

1. Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin

²⁰⁶⁵ Ó. MORENO GIL, *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1980., p. 238.

causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.

2. Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

3. Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.

Hoy, el TRLCSP establece las obras (art. 171.b) y los servicios (art. 174.b) complementarios estableciendo explícitamente que se tratan de un régimen al margen de la modificación (art. 105 TRLCSP). Por ejemplo, la redacción del artículo 171.b) establece que se podrá acudir al negociado sin publicidad

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

Se trata de un supuesto que establece numerosos requisitos para poder acceder a su régimen privilegiado de adjudicación. La JCCA en su Informe 5/10 ya señaló que para acudir al negociado por motivo de obras complementarias "...sería preciso que las obras cumplieran los requisitos de a) No figurar en el proyecto ni en el contrato. b) Que por causas imprevistas pase a ser necesarias para la ejecución del proyecto en los términos previstos inicialmente. c) Que en su ejecución se tengan en cuenta los mismos precios fijados en el contrato o con precios fijados contradictoriamente. d) Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento. e) Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato. Puesto que las mencionadas en el texto de la consulta representan un 63,40 por 100 del precio inicial del contrato, es evidente que no se cumple el último de los requisitos mencionados y, por consiguiente, no sería posible acudir al procedimiento negociado a que se refiere el artículo 155, d) de la ley de Contratos del

Sector Público”²⁰⁶⁶.

Analicemos éstos según los ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia.

- Obras complementarias o accesorias a la principal. Por ejemplo, la complementariedad se ha deducido cuando hay una interrelación física entre obras²⁰⁶⁷; por contra, no será complementario si se trata de cubrir necesidades anteriores incluso al proyecto inicial²⁰⁶⁸.
- Que se trate de prestaciones que no figuran en el proyecto ni en el contrato original²⁰⁶⁹. Es por ello que se exige llevar a cabo las actuaciones preparatorias oportunas: justificación, proyecto, redacción de nuevos pliegos, fiscalización previa, etc.
- Tenga aprovechamiento independiente o dirigido a satisfacer necesidades nuevas
- Que traigan causa de una circunstancia imprevista²⁰⁷⁰, debido a la cual pasen a ser necesarios para ejecutar la obra o servicio sin modificar el contrato original.
- Que pasen a ser necesarias. Que las prestaciones sean necesarias y no sólo convenientes – “convenientes” era la expresión del art. 153 RGCE. Ahora bien, no deben ser esenciales para hacer entrega de la prestación original ya que en ese caso sería un modificado.
- Que no modifiquen la obra tal como se configuraba en el contrato o proyecto original.
- Que la ejecución se confíe al contratista al que se adjudicó el contrato inicial con los precios que rijan éste – o en su defecto se fijen contradictoriamente²⁰⁷¹.
- Dificultades técnicas o económicas de adjudicación independiente. Que las nuevas obras o servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes o que, pudiéndose separar, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento²⁰⁷². Es decir, que “no pueden subsistir por si solas y gozan de una independencia relativa por derivar de otra principal²⁰⁷³.

²⁰⁶⁶ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 5/2010, de 23 de julio de 2010.

²⁰⁶⁷ en STS 7 julio 1988: Sanz Bayon; lo mismo el CE (47127 1984); y STSJCE de 13 de Octubre de 2005.

²⁰⁶⁸ STS 14 mayo 2008; rec. 3997/2006.

²⁰⁶⁹ STS 14 mayo 2008; rec. 3997/2006.

²⁰⁷⁰ La norma en lugar de usar “circunstancia imprevista” es más específica y dice “*circunstancia que pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente*”.

²⁰⁷¹ Sobre los precios ver Informe 11/01, de 3 de julio de 2001 de la Junta Consultiva .; y en este informe se citan los Informes 20/98 y 16/99 de la misma Junta.

²⁰⁷² Dictamen 4 junio 2006; no pueden utilizar separadamente (CE 3357/2003) – imposibilidad de segregar (257/1992); también en en STS 7 julio 1988: Sanz Bayon.

²⁰⁷³ J. VÁZQUEZ MATILLA, “Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector

Si pudiesen separarse, entonces deberían licitarse siguiendo los procedimientos de adjudicación ordinarios²⁰⁷⁴. De ello se deriva, por ejemplo, que las prestaciones complementarias no puedan darse una vez finalizada la ejecución de las originales²⁰⁷⁵. No es raro ver proyectos complementarios cuando al original sólo le falta la recepción de la obra²⁰⁷⁶.

- Que el importe de las obras o servicios complementarios no supere el 50% del importe primitivo. La norma es más laxa que la anterior, que sólo permitía complementarios que acumuladamente no superasen el 20% del contrato original.

De estas características se deduce que el régimen jurídico del contrato complementario tiene una estrecha conexión con el contrato original²⁰⁷⁷. En cierta medida este nuevo contrato participa del régimen jurídico del original, aunque jurídicamente se trata de contratos distintos²⁰⁷⁸. Por ejemplo, los precios del complementario deberán ser los del contrato original, aplicando el coeficiente de baja ofertado y la revisión de precios correspondiente. En caso de ser unidades o prestaciones no previstas, deberá acudir al sistema de precios contradictorios. Ahora bien, que compartan criterios de precios no obsta para que se respete la autonomía de los pliegos y se consideren independientes los plazos de ejecución, las certificaciones y las garantías²⁰⁷⁹.

No es sencillo mantener el contrato complementario dentro de sus límites. En su límite inferior debe diferenciarse de la modificación del contrato. En su límite superior debe diferenciarse de un contrato nuevo que supere los límites establecidos –en cuyo caso debe adjudicarse siguiendo procedimientos más transparentes. La diferenciación entre complementario y modificado ha preocupado desde hace mucho a la legislación contractual. Ya en la Base VI de la Ley de Bases de 1963 de Contratos del Estado se establece explícitamente que “se regulará el alcance de los reformados, así como el tratamiento de las

Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 94, 2010.

²⁰⁷⁴ Dictamen Consejo de Estado núms.839/1993 y 3357/2003.

²⁰⁷⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 3357/2003.

²⁰⁷⁶ Obra no puede iniciarse al acabar la principal: se desnaturaliza el carácter complementario (Informe JCCA 20/1998 y 16/1999).

²⁰⁷⁷ El Dictamen de 17 de diciembre de 2008 de Intervención de la Comunidad de Madrid analiza el régimen jurídico de los proyectos complementarios.

²⁰⁷⁸ Dictámenes del Consejo de Estado 472/2002 y 3075/2002; y 2413/2004.

²⁰⁷⁹ Nuevos pliegos autónomos, aunque haya remisión. Cfr. Dictámen Consejo de Estado 2642/2003.

obras accesorias o complementarias”²⁰⁸⁰. Preocupación lógica si consideramos que los complementarios se han utilizado en ocasiones para encubrir sobrecostos²⁰⁸¹.

La distinción no es cuestión sencilla. VÁZQUEZ MATILLA considera que la diferencia fundamental está en que un modificado es estrictamente necesario para la ejecución del proyecto original mientras que el trabajo complementario es conveniente, pero no imprescindible²⁰⁸². Ambos, modificados y contratos complementarios tiene un régimen jurídico diferente.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los dictámenes del Consejo de Estado podemos encontrar algunos criterios para considerar que estamos ante un complementario. Así, que se trate de trabajos de distinta naturaleza. Por ejemplo si el contrato principal es de construcción de autopista y el pretendido modificado es drenaje, canalización y evacuación de agua²⁰⁸³. Algo similar se encuentra en el siguiente razonamiento del Consejo de Estado:

“Ahora bien, la dificultad sustancial para aceptar la modificación proyectada estriba en la naturaleza misma de la supuesta modificación (...) En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, e incluso de los informes que obra en el expediente, se trata en realidad de una **variación de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras** que habían de ejecutarse en la carretera S-492. Pero más que una modificación de contrato se trata en realidad de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar sin duda a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo distinto”²⁰⁸⁴

El Consejo de Estado de manera constante hace hincapié en un triple requisito: i) requisito de que pueda darse proyecto separado²⁰⁸⁵. En su Dictamen 424/92 afirma que "con carácter general, este Consejo ha indicado que son criterios aplicables para la distinción entre una y otra posibilidad la utilización separada de las obras nuevas, su necesidad en relación con el proyecto inicial y las dificultades técnicas de aplicación y ejecución independientes"²⁰⁸⁶; ii) la necesidad respecto al proyecto inicial; iii) dificultades técnicas de adjudicación y ejecución separada e independiente.

²⁰⁸⁰ Ley de bases de 1963, de Contratos del Estado, Base VI.

²⁰⁸¹ J.-J. GANUZA, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit., p. 114

²⁰⁸² J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 50.

²⁰⁸³ STS 14 mayo 2008; rec. 3997/2006.

²⁰⁸⁴ Dictamen del Consejo de Estado, de 25 de febrero de 1988 (núm. 51698).

²⁰⁸⁵ Memoria del Consejo de Estado del año 1983, p. 87.

²⁰⁸⁶ Dictamen del Consejo de Estado, de 2 de abril de 1992 (núm. 424/1992).

El Consejo de Estado nos ofrece varios ejemplos muy interesantes. El primero asunto trae causa de un contrato para la realización de un Dique en Las Palmas adjudicado en poco más de 70 millones euros, que se pretende reducir el contrato original, pero a cambio se realice obras en otro dique. Curiosamente mientras la Abogacía del Estado de Las Palmas, consultada por la Autoridad Portuaria, consideró que sí era posible, la del Ministerio de Fomento se opuso rotundamente considerando “que la modificación no era tal, sino un encargo al adjudicatario para que ejecutara dos contratos sustancialmente distintos del que inicialmente había sido solicitado y que la Autoridad Portuaria debía convocar un nuevo concurso, puesto que lo que singulariza a un contrato de obras no es ni su montante económico, ni la técnica constructiva, ni la índole de los trabajos, sino el proyecto que lo define”²⁰⁸⁷.

Esta distinción entre modificados y complementarios (nuevo contrato) tiene **consecuencias jurídicas** importantes. La primera de ellas, relativa al contrato administrativo, es que si se trata de un complementario no estamos ante el ejercicio de poder unilateral de la Administración y, por tanto, su capacidad de imponer algunas soluciones no es posible.

Además, si no se trata de una modificación del contrato, sino de un contrato complementario, este debe seguir el procedimiento de adjudicación pertinente. En la legislación española se permite que la entidad contratante acuda al negociado sin publicidad, que en la irregular práctica habitual supone la adjudicación directa. Si los trabajos complementarios superan ciertos umbrales, ya no pueden beneficiarse de este régimen privilegiado de adjudicación. Por ello, no es raro que cuando estos nuevos trabajos superan los umbrales que permiten su adjudicación directa, se pretenda hacerlos pasar por modificaciones del contrato. Dado que hasta tiempos recientes esta modificación no tenía ningún límite, nada evitaba esta práctica. Sólo algunas resoluciones de distintos órganos de control trataron de frenar esta práctica – es quizá de los pocos supuestos en los que estos órganos reaccionan contra la modificación. Por ejemplo, el Dictamen 1254/1993 del Consejo de Estado contempla un modificado en el que se recogen todas las actuaciones de emergencia y las actuaciones de mejora de la carretera. Dicho proyecto, una vez redactado y valorado su impacto, supone un incremento del 94,83% sobre el valor inicial del contrato. Todos, la Intervención Delegada de Obras Públicas en la Consejería, la Asesoría Jurídica, el Director de obra y el Servicio de

²⁰⁸⁷ Dictamen del Consejo de Estado, 825/2005, de 2 de junio de 2005.

Carreteras, informan favorablemente a la aprobación del modificado. Sin embargo, el Consejo de Estado se muestra contundente: no concurren las causas que justifican el modificado (en ese momento art. 153 RGCE) y se trata de un auténtico proyecto nuevo que debería licitarse ya que tampoco puede entrar en el régimen de adjudicación directa de los trabajos complementarios (que fijaban un tope del 20%). Se trata, dice, de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras, y de un proyecto nuevo que da lugar a un nuevo contrato administrativo²⁰⁸⁸.

En Francia, los trabajos complementarios están recogidos en el artículo 35.II CMP 2006, que sigue el modelo de la Directiva 2004/18.

Por debajo de los umbrales, además el artículo 28.II y 28.III CMP 2006 permiten acudir al negociado sin publicidad tanto en los casos del artículo 35 como en aquellos que las formalidades de la adjudicación sea imposibles o manifiestamente inútiles en razón del objeto del contrato, de su cuantía o de la inexistencia de competencia en el sector. Es decir, que existe un gran margen para aprobar un complementario. Si en cambio se acude al artículo 35 –y en caso de contratos cubiertos por las Directivas no hay más remedio– sólo podrá aprobarse el complementario por circunstancias imprevistas y con un máximo del 50% del contrato inicial.

Por tanto, será más sencillo acudir a la modificación del contrato que a la aprobación del complementario.

²⁰⁸⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 1254/1993, de 21 de octubre de 1993.

PARTE III: NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA MODIFICACIÓN

CAPÍTULO 10: LA SOLUCIÓN ADOPTADA: LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO**10.1. Descripción y causas del fenómeno**

La modificación del contrato público se ha convertido en un problema. O más precisamente, el abuso que de ella se hace. Un abuso presente en todos los países y que de una manera u otra es combatido por las diferentes normas nacionales e internacionales. Ahora bien, todos estos sistemas normativos tienen un elemento en común, y es que su regulación sobre la modificación nace con el propósito de proteger la licitación original. Es decir, que se ha asumido que la modificación tiene la capacidad de distorsionar la licitación inicial y, con ello, todos los intereses que el sistema licitatorio protege.

Hasta no hace mucho tiempo, la regulación de la modificación trataba de conciliar dos extremos: la necesidad de una correcta ejecución y la protección del contratista. Ahora también tiene como finalidad principal proteger la licitación (objetivo primario) y sólo de manera complementaria todos aquellos elementos que ésta representa (objetivo secundario). Entre estos últimos, por ejemplo, el adecuado uso de los fondos públicos o la no discriminación de los operadores jurídicos por razón de nacionalidad. Es más, dentro de estos objetivos secundarios también está la propia protección del contratista, que debe saber a qué se enfrenta cuando presenta su oferta.

Se pasa, por tanto, de proteger el interés público que representa la conservación del contrato y la situación del contratista a un nuevo modelo en el que prevalece el interés público que representa la licitación. Decía HOEPFFNER que la modificación en el Derecho privado es una técnica jurídica de carácter subjetivo que permite a las partes mejorar las especificaciones iniciales para lograr un mejor resultado. Sin embargo, en el Derecho administrativo se trata de una técnica objetiva cuya utilización está justificada sólo por razones de interés público²⁰⁸⁹. Pues bien, ahora parece que ese interés público que se persigue ya no es sólo conservar y ejecutar el contrato.

Así pues, la licitación y la concurrencia que en ella se produce son el objetivo primario.

²⁰⁸⁹ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 4.

YANNAKOPOULOS afirma que la modificación está limitada “par l’idéologie concurrentielle du moment »²⁰⁹⁰. En 2009, Yves GAUDEMET comenzaba el prólogo a la Tesis doctoral de Hélène HOEPFFNER preguntándose si acaso la ideología de la concurrencia suponía la muerte del contrato administrativo²⁰⁹¹. Estas afirmaciones pretenden dotar a la regulación de la modificación de cierto contenido ideológico: los límites se imponen en aras del sacrosanto dogma de la concurrencia.

Sin embargo, interpretar que la regulación de la modificación al dogma de la libre competencia no es del todo acertado. La regulación no sólo pretende proteger la concurrencia *per se*. No es que la concurrencia –garantizada a través del trato igualitario y la transparencia– se haya convertido en un fin en sí mismo. La regulación actual pretende proteger a todo el sistema de contratación. Otra cosa es que el sistema de contratación gire en torno a la licitación. Pero eso es algo que no comienza con el renacer de la “ideología concurrencial”, sino que se encuentra en el origen mismo de los sistemas de contratación pública. La regulación de la modificación protege la transparencia y el tratamiento igualitario entre licitadores; también al contratista, que había presentado una oferta que ahora no sirve. Y al interés público, al cual protege de comportamientos oportunistas de las dos partes.

Tampoco es acertado considerar que se trata de una imposición de Europa, que en la protección del dogma de la competencia configura esta regulación. Incluso, se enmarca este proceso en la crisis de las potestades en materia de contratación²⁰⁹², una crisis supuestamente provocada por la recepción del Derecho europeo en la materia. Recepción que no debiera hacerse, según se ha dicho, “olvidando nuestra tradición normativa” y que “las razones que motivaron su creación están plenamente vigentes en la actualidad”²⁰⁹³. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de los diferentes países ya apuntaba en esta dirección mucho antes de que se pensase siquiera que el Derecho europeo podría cubrir la modificación contractual. Por ejemplo, en Francia, hasta la Ley Sapin de 1993 las concesiones de servicios

²⁰⁹⁰ YANNAKOPOULOS, “L’apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif”, cit., p. 421.

²⁰⁹¹ GAUDEMET, Y., Prólogo de H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit.

²⁰⁹² J. L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.”, *Revista de Administración Pública*, vol. 191, mayo-agosto, 2013., p. 11.

²⁰⁹³ L. S. GIRALDES GUTIÉRREZ, “La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014., p. 3.

se adjudicaban de manera directa y sin concurrencia alguna²⁰⁹⁴, por lo que eran modificables sin mayores problemas. Es a partir de esa norma cuando se empiezan a aplicar límites que ya se venían aplicando para otros contratos (no desnaturalizar el contrato, no alterar la economía del contrato, etc)²⁰⁹⁵.

En España también hay pronunciamientos del Consejo de Estado en este sentido. Por ejemplo, en el Dictamen 1508/1993 sobre la “Modificación contrato obras Acondicionamiento N-331 Córdoba a Málaga” señala de manera clara lo siguiente

Entiende este Consejo de Estado, que la Administración debe adoptar las adecuadas previsiones para que la técnica del "proyecto reformado" y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato, obedezca a su auténtica razón de ser, responda a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores del sistema de contratación administrativa²⁰⁹⁶.

Por tanto, la nueva regulación de la modificación no tiene su razón de ser en una nueva ideología, ni es un producto importado de la neoliberal Europa. A no ser, claro, que consideremos que el mecanismo de compra pública a través de la licitación es pura ideología²⁰⁹⁷. Reconocer eso tiene un efecto expansivo y unas implicaciones que desbordarían el objeto de este trabajo. Lo que ha ocurrido es que ha tenido que ser el Derecho europeo el que haya impuesto unas normas sin que el legislador hubiese hecho caso antes a órganos nacionales consultivos y de control que ya apuntaban esa necesidad.

En cierta medida se ha sustituido una concepción cortoplacista del interés público por otra con alcance a largo plazo.

Está claro que el contrato público no sólo es un conjunto de derechos y obligaciones, sino que es instrumento que debe servir a la ejecución del servicio público. Ello no se discute en

²⁰⁹⁴ Loi 93-122 du 29 janvier 1993.

²⁰⁹⁵ Sobre este proceso ver H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 210-214.

²⁰⁹⁶ En sentido similar la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúan los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación (números 47.127, de 29 de Noviembre de 1984; 50.688, de 17 de Junio de 1987; 54.473, de 8 de Junio de 1990; 55.444, de 31 de Octubre de 1990; 1.021/91, de 1 de Octubre de 1991; 2.582/95, de 1 de Febrero de 1996; 454/96, de 8 de Febrero de 1996; 3.371/96, de 28 de Noviembre de 1996; 4.350/97, de 6 de Noviembre de 1997 y 358/98, de 11 de Junio de 1998).

²⁰⁹⁷ Así por ejemplo KUNZLIK sobre las normas de compra de la Unión Europea P. KUNZLIK, “Neoliberalism and the European Public Procurement Regime”, cit.

ningún ordenamiento. Lo que no está tan claro es qué es el interés público. Hasta ahora, el interés público ha sido proteger el contrato a toda costa. Se equiparaba interés general a continuidad del contrato. Se ponía por delante la necesidad de resolver los problemas que surgían durante la ejecución a través de la modificación del contrato. Así, cuando VILLAR PALASI, en sus *Lecciones sobre contratación administrativa*, entendía que “las garantías formadas en cuanto a la licitación y adjudicación no pueden prevalecer sobre las razones de fondo, de protección del interés público, que justifican la potestad de modificación de los contratos”²⁰⁹⁸. O cuando MONEDERO GIL afirma que el “interés público mitificado propicia actos de imperio o autoridad y no admite la limitación o servidumbre que para un ente administrativo signifique todo contrato”²⁰⁹⁹.

También HORGUÉ BAENA observa que los pronunciamientos del Consejo de Estado al analizar la existencia de un interés público rara vez hacen referencia al interés público que representa la observancia del principio licitatorio, sino que se ciñe al interés o no de la ejecución de la obra, o a las conveniencias presupuestarias²¹⁰⁰. Por ejemplo, cuando se tiene en cuenta el retraso que supondría resolver el contrato y volver a licitar²¹⁰¹.

Ahora, sin embargo, se está mandado un mensaje diferente: los problemas que surjan no siempre se podrán resolver a través de la modificación porque eso no es acorde al interés general, que es satisfecho a través de mejores proyectos y más inversión en la preparación de los trabajos.

Esta protección de la licitación sólo deja una salida: la **contractualización de la modificación contractual**, esto es, la necesidad de prever las modificaciones en los documentos iniciales. Así, se observa cómo los distintos sistemas son rígidos frente a la modificación imprevisible, pero flexibles cuando ésta está prevista en los pliegos. Se entiende que dado que está prevista en los pliegos no se distorsiona la licitación llevada a cabo. Ahora bien, existe una gran diferencia de régimen jurídico entre modificaciones previstas e imprevistas, lo cual trae consigo distintas consecuencias. Precisamente, en las

²⁰⁹⁸ VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación pública*, p. 196.

²⁰⁹⁹ MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 93. No justifica el ejercicio del poder siempre que intervenga la Administración, sino el servicio a la comunidad mediante los mecanismos más adecuados. “La Administración y el interés público quedarán así identificados en el plano de la utilidad o conveniencia de unos modos de actuación adaptados a las necesidades fácticas”.

²¹⁰⁰ C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 136.

²¹⁰¹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 53888, de 14 de septiembre de 1989.

secciones siguientes precisamente estudiamos las consecuencias de este fenómeno.

10.2. Consecuencias del fenómeno

El acercamiento de los modelos regulatorios a través de la limitación de la libertad contractual

Una primera consecuencia de limitar la modificación es que se produce un acercamiento de los diferentes modelos regulatorios. Con independencia de que se trate de sistemas basados en la potestad unilateral de modificar o en la modificación convencional, todos ellos se ven sometidos a un límite superior: la no distorsión de la licitación original. Esa voluntad de modificar el contrato puede ser en forma de renegociación o de imposición de nuevas condiciones. Las reglas sobre modificación son ajenas a esa diferencia.

Por ejemplo, al sistema regulatorio europeo poco le importa si la modificación es unilateral o convencional. Lo que persigue es la modificación del contrato. En el *asunto Succhi di Frutta* ya se anuncia que la modificación unilateral no infringe el principio de transparencia siempre y cuando esté anunciada en la documentación inicial²¹⁰². También la Junta Consultiva considera que la licitación es límite tanto para modificación unilateral como para la de mutuo acuerdo:

“Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce.”²¹⁰³

Por tanto, no se trata de un debate sobre la manera de modificar, sino sobre el hecho mismo de modificar. Es por ello que hablar del desapoderamiento de la Administración como clave de esta nueva regulación es un error. Se habla así porque la modificación de los contratos administrativos siempre se ha realizado a través de la potestad, por lo que al reducir la posibilidad de modificar se reduce la posibilidad de utilizar la potestad.

²¹⁰² STJUE 29.04.2004, C-496/99 P *Succhi di Frutta SpA* [2004], ECLI:EU:C:2004:236, p. 118.

²¹⁰³ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 48/95, de 21 de diciembre de 1995.

Por tanto, no debe asociarse la nueva regulación a un intento de desapoderar a la Administración, sino de desapoderar a ambas partes contratantes, reduciendo su libertad de pactos y su libertad contractual. Como dice HOEPFFNER, la regulación supone hacer prevalecer los principios generales de la compra pública en detrimento de la libertad contractual²¹⁰⁴.

Esta reducción de la libertad contractual no es un fenómeno nuevo. Las distintas leyes sectoriales han ido perfilando y laminando esa libertad. Este es sólo un escalón más dentro de una tendencia general²¹⁰⁵. Y ello no es más que reconocer que ni las técnicas del Derecho civil (libertad de pactos) ni las del Derecho administrativo (modificación unilateral) son plenamente satisfactorias en la ejecución de un contrato público. Hay que plantearse si contratación pública tal como se ha configurado hasta ahora mantiene su utilidad como instrumento para alcanzar fines de interés general.

La creciente importancia del Derecho civil en los contratos públicos y sus costes

La nueva regulación tendrá un efecto inmediato en los contratos: provocará que se incluyan cláusulas de modificación en los pliegos. Y, además, exige que estas cláusulas cumpla una serie de condiciones de manera que no se recurra a fórmulas genéricas que habiliten cualquier tipo de modificación. Ello empujará inexorablemente a que las cláusulas sean redactadas con más esmero.

Una gran cantidad de litigios girarán en torno a qué debe entenderse incluido en la cláusula de modificación y qué no, ya se trate de acciones interpuestas por el contratista cuando la entidad contratante decida resolver el contrato ante modificaciones sustanciales, como por el licitador apartado ante estas modificaciones; en ambos casos se desarrollará una discusión sobre lo que cubren las cláusulas y si estas estaban redactadas cumpliendo con los requisitos exigidos.

Así pues, el incremento del uso de cláusulas de modificación y su necesaria complejidad hará que surjan problemas de claro origen iusprivatista. En cierta medida esta contractualización de la modificación es la vuelta al origen, cuando los contratos de la

²¹⁰⁴ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. 49.

²¹⁰⁵ Sobre ese proceso ver F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, cit..

Administración se desarrollaban siguiendo fórmulas de Derecho común. Así, aumentarán los litigios sobre la interpretación de las cláusulas, por ejemplo aquellos casos centrados en delimitar lo que está o no incluido en el contrato inicial²¹⁰⁶. O sobre la certeza de los contratos, que recordemos que es pieza fundamental de la institución contractual. Incluso se utilizará más a menudo la figura de la buena fe contractual de la Administración. Por ejemplo, ser capaz de distinguir entre la transparencia que se requiere a cláusulas de contratos entre profesionales y entre profesional y consumidor: “...la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”²¹⁰⁷.

Asimismo, todo ello supondrá un aumento de los costes. No sólo por un incremento en la litigación. También por la necesidad de mayor profesionalización a la hora de redactar los contratos y un aumento de los gastos en la elaboración de proyectos que permita alcanzar contratos menos propensos a la modificación.

La quiebra del principio de relatividad de los contratos.

Una consecuencia del nuevo sistema es la quiebra del principio de relatividad de los contratos. El nuevo sistema parece abrir completamente la puerta al tercero interesado, que hasta ahora permanecía sólo entreabierta. Todos los licitadores apartados podrán ahora recurrir la modificación de un contrato, siendo suficiente para demostrar su interés el hecho de haber participado en la licitación. Gracias al recurso de la cuestión de nulidad pueden incluso solicitar la nulidad absoluta de la modificación; y gracias a las reglas de terminación obligatoria del contrato podrán también solicitar la resolución del contrato. Por tanto, se

²¹⁰⁶ Por ejemplo, STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 25/09/2002 (Ar.132610; MP:Javier Albar García): En cuanto a la interpretación del contrato, hay que tener en cuenta, y con ello se desecha el último argumento de la recurrente, que no estamos ante un contrato que sufre alteraciones no previstas en la forma de desempeñarse, que hacen que baje el rendimiento económico de la concesión, sino que en las cláusulas 3 y 4 se prevé la variabilidad del contrato y se establece un parámetro económico, el coste por cada servicio, al que se debe de acomodar la variación del volumen del contrato. Es decir, se pactaba un volumen tipo o medio de trabajo y luego se regulaba la variación.

²¹⁰⁷ SAP Pontevedra de 21 octubre 2015 (EDJ 2015/196917).

puede afirmar que la modificación del contrato ya no es sólo una cuestión de las partes contratantes.

En este sentido, la acción de nulidad frente a la modificación se asemeja a la interpretación que le ha dado el Tribunal Supremo a la acción de nulidad civil del artículo 1302 CC (“Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos...”). Además, la legitimación para la acción de nulidad debe reconocerse no sólo a los obligados sino también a terceros a quienes perjudique o pueda ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual.

Los nuevos preceptos tienen el potencial efecto de ampliar la legitimación, por ejemplo cuando la modificación se examina según hubiese atraído a mayor número de contratistas. Es decir, se desvincula el potencial éxito en el procedimiento con el derecho a haber participado. Así ocurre en Europa y EEUU, donde se permite la legitimación del contratista apartado si este es capaz de probar que si se hubiera cumplido la legalidad hubiesen tenido opciones de ganar²¹⁰⁸. Así pues, el principio de relatividad se quiebra a favor de extender la legitimación.

Esta extensión de la legitimación no es más que la aceptación implícita del hecho de que los sistemas de control establecidos por la propia Administración son insuficientes. Las normas permiten que el interesado sea el protagonista de un procedimiento de control externo frente a la modificación irregular. Ahora bien, dadas las doctrinas imperantes sobre la responsabilidad de la Administración ante un acto nulo, y el rechazo que existe *a priori* a la doctrina de la pérdida de oportunidad, el interesado no siempre estará suficientemente motivado para recurrir. Por tanto, si las nuevas normas no van acompañadas de un fortalecimiento de los controles administrativos internos y externos, no se habrá avanzado mucho.

Búsqueda de vías alternativas para modificar el contrato

Otra consecuencia de la nueva regulación será, sin duda, la búsqueda de nuevas maneras de modificar el contrato huyendo de la rígida regulación. Es entonces cuando el concepto de

²¹⁰⁸ A. GIANNELLI, “Performance and renegotiation of public contracts”, cit., p.22.

modificación impropia esbozado en la clasificación inicial cobra importancia. Recordemos que la modificación impropia es todo aquél fenómeno que supone una modificación de las condiciones iniciales que se lleva a cabo a través de un mecanismo que formalmente persigue otra finalidad. Por ejemplo, la modificación de un contrato para introducir una posible mejora que realmente está destinado a compensar al contratista por otro concepto. O, por ejemplo, cuando se decide prorrogar la concesión tras el compromiso del contratista de llevar a cabo grandes inversiones. En este sentido señala JIMÉNEZ AYALA que no es raro encontrarse que el importe de los proyectos modificados no recoja el coste de unas modificaciones impuestas por la Administración, sino que ésta admite cambios propuestos por el contratista que, al margen de que puedan mejorar la obra, encierran compensaciones económicas solapadas por otros conceptos que deberían estar recogidos en buena lógica en un capítulo de indemnizaciones reconocibles al contratista²¹⁰⁹.

El clásico ejemplo de modificación impropia es aquel intento de acceder a la modificación de facto del contrato (pago de mayor precio) a través de otros mecanismos, como el del restablecimiento del equilibrio. Así ocurre en el caso SAN 28 de abril de 2015, en que la Sala desestima la solicitud del contratista y establece que

Además, no debemos olvidar que en la ejecución de un contrato no resulta posible la realización de trabajos no contemplados en el proyecto ni su remuneración con arreglo a precios diferentes a los previstos en aquel, salvo que con arreglo al procedimiento legalmente establecido y con sometimiento a los controles técnicos, jurídicos y de fiscalización económica previstos se proceda al ejercicio por la Administración del "ius variandi" o se acuda a la aprobación de Modificados del Proyecto, solo posibles en los supuestos y con los límites legalmente establecidos, antes expresados. De manera que, dado que tanto la Administración como el contratista tienen a su alcance proponer la aprobación de modificaciones contractuales, no resulta aceptable sortear, so pretexto de un supuesto restablecimiento del equilibrio económico en la ejecución del contrato de obras, tales exigencias legales.

El interés general presente en la contratación pública no es inmune a atajos que pretenden eludir las garantías establecidas por la legislación contractual del Sector Público, persiguiendo el pago de obras no contratadas con arreglo al procedimiento legalmente establecido o ejecutadas de forma diferente a la prevista en el Proyecto o con arreglo a precios distintos de los establecidos en este, sin concurrir las excepcionales circunstancias que pudieran justificarlo o mediando la pertinente autorización administrativa con arreglo del procedimiento legalmente establecido. Cuando tales atajos se toman, aunque ello ocurra con la tolerancia de la Administración contratante, no solo se incumplen los principios que rigen las relaciones entre la Administración contratante y el contratista, presididas por la vinculación de ambos al proyecto y al principio de ejecución del mismo a riesgo y ventura del contratista, sino que también se socavan aquellos otros que persiguen garantizar la igualdad de oportunidades de

²¹⁰⁹ J. JIMÉNEZ AYALA, "Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias.", cit. (Tesis), p. 585.

todos los interesados en contratar con la Administración, pues, en definitiva, conducen a la ejecución de obras diferentes a las contratadas y por precio distinto al pactado, fuera de los supuestos y sin seguir los procedimientos legalmente previstos, con grave quebranto del principio de libre competencia.²¹¹⁰

Por último, no hay que olvidar que este tipo de modificaciones impropias, si han dado lugar al ejercicio de potestades, podría enmarcarse dentro de la desviación de poder.

Un caso particular de modificación impropia es aquélla que se realiza mediando resolución del contrato, pero blindando la nueva licitación para que el contratista actual la gane y mejore sus condiciones. Es el caso de la siguiente resolución por mutuo acuerdo²¹¹¹. El Ayuntamiento de Gandía adjudica en 2008 un contrato de concesión de la gestión del suministro domiciliario de agua potable, y en 2010 un contrato de gestión del alcantarillado, ambos a la mercantil Aguas de Valencia S.A. Debido a la crisis económica y las restricciones en el déficit público, el Ayuntamiento no puede ejecutar las inversiones previstas en los planes directores aprobados, lo cual conduce a un desequilibrio económico del contrato²¹¹². La solución pensada es la de convertir ese contrato en una concesión a 50 años. Sin embargo, ello supondría una modificación sustancial del contrato. Tampoco está abierta la vía de la subvención ni de la compensación dineraria debido a las restricciones financieras. Por ello, se decide resolver el contrato de mutuo acuerdo. En dicho acuerdo se reconoce una deuda por ambos contratos de cerca de 90 millones euros a fecha de 30 de junio de 2011, estableciéndose que su abono se llevará a cabo con cargo a la adjudicación del nuevo contrato, que pasa a ser una concesión a 50 años de la gestión del suministro de agua potable y alcantarillado y de ejecución de las obras correspondientes²¹¹³. De esta manera, la resolución por mutuo acuerdo establece una barrera de entrada que sólo puede beneficiar a la contratista que firma el acuerdo, que será la única que podrá hacer frente a dicha suma. Como señala la jueza “la Administración consciente de la irreversibilidad de los contratos por no concurrir causa legal para ello, vino a remediar las pérdidas en que incurría la concesionaria por medio de la pactada resolución de mutuo acuerdo y convocatoria de una

²¹¹⁰ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar. 192625; MP: Juan Pedro Quintana Carretero).

²¹¹¹ Sjdo. Cont-Advo nº 3 de Valencia, 16/12/2013 (EDJ. 304853; MP: Laura Alabau Martí).

²¹¹² Desequilibrio que la jueza niega al entender que se comprende bajo el riesgo y ventura del contratista.

²¹¹³ Aunque ahora no nos centremos en eso, el fijar que la nueva adjudicataria debe pagar la indemnización fue considerado como una barrera de entrada que favorecía al actual adjudicatario: “impide la libre concurrencia al gravar el acceso de cualesquiera otros lidiadores con unas cargas no asumibles financieramente salvo para AGUAS DE VALENCIA, que se vería libre de ellas bajo la figura de confusión acreedor deuda el art. 1156 CC”.

nueva licitación en perjuicio del interés público, pues la misma había de redundar en un incremento de tarifa mucho mayor, a beneficio de la concesionaria, que la que debieran haber asumido los usuarios de sólo afrontar la financiación de 9 millones de euros pendientes de ejecución del plan director de abastecimiento”.

Su efecto expansivo sobre otros ámbitos del Derecho administrativo

No se puede terminar esta sección sin apuntar otra de las posibles consecuencias de esta solución adoptada: que poco a poco se vaya extendiendo la doctrina subyacente de protección de la licitación a todos los ámbitos en los que la licitación juega un papel trascendental. Pongamos el ejemplo de las concesiones de dominio público.

En el ámbito de las concesiones de dominio público, habrá que estar a las normas sectoriales. Ahora bien, cuando éstas prevén la posibilidad de concurso lo hacen dotándole de los principios ya citados. Pongamos como ejemplo la Ley de Costas, que en su artículo 75 establece que cuando se convoquen concursos para el otorgamiento de concesiones de dominio público, “se respetarán los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva”. Además, la posibilidad de modificación se recoge en causas tasadas: i) Cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento; ii) en los casos de fuerza mayor a petición del titular; iii) cuando lo exija su adecuación a los planes o normas correspondientes (siendo sólo el tercer caso el que “el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 o supletoriamente en la legislación general de expropiación forzosa”)²¹¹⁴.

Si se tuviesen en cuenta los principios derivados de la licitación, hoy, por ejemplo, no tendría cabida la modificación del contrato concesional de Sogecable, que en 2005 permitió a Sogecable tener un canal que emitiese en abierto de 6 horas al día a 24 horas²¹¹⁵.

También es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012, en que estudia la modificación de una concesión demanial que se produce porque el concesionario firma contrato privado con tercero para dar a un terreno un uso distinto del que la concesión permite.

²¹¹⁴ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

²¹¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado, 1281/2005, de 28 de julio de 2005 : el supuesto motivo fue restablecer el equilibrio económico derivado de la bajada de abonados.

“... el tráfico jurídico-privado de concesiones demaniales tiene que dejar indemne el interés público implicado, asegurando el cumplimiento del concreto interés que figure en el título concesional; y en el actual caso litigioso no se da ese aseguramiento, al haberse alterado los términos de la concesión, con la ampliación de su ámbito objetivo, y haberse formalizado esa alteración mediante un procedimiento de modificación sustancial de la concesión cuya causa había quedado limitada a la necesidad de incrementar la superficie objeto de ocupación”²¹¹⁶.

Habrà tener en cuenta es que las leyes sectoriales las leyes sectoriales podrán darle contenido a lo que debe entenderse por alteración sustancial²¹¹⁷. Por ejemplo, en el ámbito del dominio público portuario, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (RD 2/2011) señala en su artículo 88 “Modificación de concesiones” que “La Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión (...). Si la modificación no es sustancial entonces “requerirá únicamente informe previo del Director de la Autoridad Portuaria, que será elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda”. Si es una modificación sustancial entonces debe tramitarse conforme al procedimiento de otorgamiento que fija el artículo 85.2 y siguientes (confrontar su viabilidad, información pública de al menos 20 días etc).

Además, el propio precepto 88.2 establece que “tendrán el carácter de modificaciones sustanciales, las siguientes: a) Modificación del objeto de la concesión; b) Ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 por ciento de la fijada en el acta de reconocimiento. A estos efectos, únicamente será admisible la ampliación de la superficie con bienes de dominio público colindantes a los concedidos; c) Ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por ciento; d) Ampliación del plazo de la concesión, en los supuestos establecidos en las letras b) y c) del artículo 82.2; e) Modificación de la ubicación de la concesión. En el cómputo de los límites establecidos, se tendrán en cuenta los valores acumulados de modificaciones anteriores”.

²¹¹⁶ STS, Sala Tercera, 18/12/2012 (Ar. 1690; MP: Nicolás Maurandi Guillén); recurso interpuesto por la oposición política. La cesión de uso a favor de “Biodiésel S.A.” de las instalaciones portuarias tiene como finalidad el levantamiento de una instalación especial para la recepción y transformación de aceites vegetales para la elaboración de biocombustibles y tratamientos de subproductos para su posterior distribución. Lo que autoriza el Acuerdo impugnado es la modificación sustancial de los términos de la concesión en atención a que la instalación donde se ubicaría la actividad de “Biodiésel S.L.” implica un aumento del volumen construido mayor del 10 % del autorizado en la concesión portuaria.

²¹¹⁷ Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 5/1996, de 7 de marzo señala que “la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino su normativa específica”.

CAPÍTULO 11: SOLUCIONES PROPUESTAS

11.1. Premisas para solucionar el problema**I.- La existencia de voluntad política para solucionar el problema.**

En el Derecho Administrativo, por su propia naturaleza, no es raro que muchos de los problemas no se solucionen sin un compromiso político al respecto. Eso es precisamente lo que ocurre en el tema de la modificación de los contratos públicos. Tal y como estudiamos al comienzo, una de las causas de la modificación es puramente política: los impulsores de los contratos públicos –sobre todo de grandes proyectos–, están movidos por motivaciones políticas. Ello no es *per se* negativo. Todo lo contrario. La política es, y debe seguir siendo, locomotora de la Administración en la medida en que es precisamente la política el nexo entre los ciudadanos y la Administración. Ahora bien, lo que no puede seguir ocurriendo es que la elaboración de proyectos sea de peor calidad por motivos políticos, ya se trate de presentar un proyecto que de otra manera sería inviable o de pretender usar estos grandes proyectos como arma electoral.

Un buen ejemplo de ello es la corrupción. Poco se puede hacer si no hay voluntad política de cambio. Lo único claro sobre la corrupción es su persistencia a lo largo del tiempo, un hecho desesperanzador²¹¹⁸ en tanto que parece implicar que los cargos políticos no tienen la voluntad de cambiar las cosas, o que, teniéndola no son capaces de hacerlo. Ejemplo de lo primero es Italia: en 1996 se ponía en marcha una Comisión Especial Anti-Corrupción que en los dos años que realizó su tarea presentó 72 propuestas relacionadas con la corrupción. Pues bien, sólo una de ellas fue aprobada, en 2001 y con un ámbito de aplicación extremadamente reducido (sólo los funcionarios públicos)²¹¹⁹.

Frente a los abusos: control. Sin embargo, como pone de manifiesto LEVI, hay varios atajos que se utilizan para evadir el control²¹²⁰:

²¹¹⁸R. E. KLITGAARD, *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988., p. 2.

²¹¹⁹D. DELLA PORTA; A. VANNUCCI, “Analysing Political Corruption in Western Europe: SPain and the UK in Comparative Perspective”, cit., p. 76-77.

²¹²⁰D. NELKEN; M. LEVI, “The Corruption of Politics and the Politics of Corruption: An Overview”, *Journal of Law and Society*, vol. 23, 1, 1996. p. 10.

- i) Las normas deliberadamente mal redactadas, ya sea en su faceta sustantiva (v.g que sólo los casos más flagrantes sean punibles) o procesal (v.g dificultar la actuación del instructor o sobreproteger a las defensas);
- ii) Los recursos dedicados a las instancias que controlan y castigan la corrupción son muy deficientes. Pensemos por ejemplo en el escaso número de personal que se asigna a la instrucción de las llamadas macro-causas. O en los continuos cambios del personal investigador²¹²¹.
- iii) La más burda, pero muchas veces usada, presión política sobre quién debe investigar el ilícito. Por ejemplo, que el Fiscal se posicione de parte de las defensas. O que se comience a investigar una situación cuando se sabe que las acciones por responsabilidades administrativas y penales han prescrito.

La voluntad para solucionar el problema es fácilmente demostrable: la aplicación efectiva de las normas existentes. Veamos algunas de ellas.

II.-La aplicación efectiva de normas existentes

La principal solución al problema pasa por aplicar de manera efectiva mecanismos ya existentes en la actualidad. Ello no es más que una manifestación de la falta de voluntad política para solucionar el problema.

En primer lugar, deben potenciarse aquellos controles administrativos que están funcionando adecuadamente. En la actualidad los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales están dando muy buenos resultados. Sin embargo la carga de trabajo y la escasez de personal a su servicio parece apuntar a que en el futuro ese alto rendimiento no podrá mantenerse. Es fundamental que ahora que la modificación empieza a cobrar un papel importante en estas reclamaciones se fortalezcan los sistemas rápidos y eficaces de recurso. Asimismo, deben extenderse estos sistemas a todos los contratos y no sólo a aquéllos cubiertos por el Derecho europeo. De otra manera todo el sistema de recursos se viene abajo.

²¹²¹ A. LAMBERT-MOGILANSKY, "Corruption and collusion: strategic complements in procurement", en Susan Rose-Ackerman, Tina Soreide (eds.) *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*, Edward Elgar Pub, Cheltenham ; Northampton, MA, 2012., p. 136.

Asimismo, hay que fortalecer otros controles tanto internos como externos. Se requiere dotar de mayores medios a la Intervención, pero sobre todo al Tribunal de Cuentas, que como órgano de control externo debe poder realizar su función lo más cercana en el tiempo a la rendición de cuentas del ente controlado²¹²².

En segundo lugar, hay que fortalecer los mecanismos de exigencia de responsabilidades a los sujetos que intervienen en la gestión del contrato. Estos mecanismos se despliegan a todos los niveles: responsabilidad política, penal, administrativa, contable y patrimonial. Cada uno de estos niveles tiene una función distinta y afecta a distintos intervinientes con distintos grados de intensidad. A lo largo de este trabajo se han ido abordando las mismas. Por ejemplo, cuando el Director Facultativo de una obra decide dictar directrices para introducir una mejora sin observar procedimiento alguno, lo cual desemboca en el abono al contratista por enriquecimiento injusto²¹²³. En especial, debe centrarse la atención en el órgano más cercano a la ejecución. Coincidimos con el Consejo de Estado cuando considera que “sobre la actuación del facultativo-director gravita la garantía de que se ejecuten con sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo”²¹²⁴.

Es muy importante que se utilice la llamada acción de regreso²¹²⁵. Es más, el Consejo de Estado entiende que cuando procede, la acción de regreso es imperativa²¹²⁶. La dificultad de aplicación en el ámbito de la modificación es que en muchas ocasiones la modificación, aun siendo irregular, desemboca en unos trabajos que efectivamente se realizan. Por tanto, no se produce la pérdida de patrimonio o bienes de la Administración, que es la base para poder repetir contra la autoridad o funcionario público. Sí será posible, claro, la repetición en casos extremos como aquéllos en los que se demuestre que se ha pagado mayor cuantía de la estipulada o que se han realizado un servicio u obra de peor calidad que la acordada.

²¹²² Por ejemplo, el GRECO denuncia la escasa capacidad del Tribunal de Cuentas para llevar a cabo controles efectivos [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2013\)20_Second_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2013)20_Second_Spain_EN.pdf) (accedido en febrero 2015).

²¹²³ Así, por ejemplo, STS, Sala Tercera, 11/07/2003 (EDJ. 92927; MP: Nicolás Maurandi Guillén).

²¹²⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 157; frase ya recogida en la Memoria de 1983.

²¹²⁵ En las Memorias del Consejo de Obras públicas dicho organismo señala que así lo pone de manifiesto cuando observa irregularidades en sus informes.

²¹²⁶ Dictamen 2093/2011, de 1 de marzo de 2012.

También es necesario aumentar la exigencia de responsabilidades penales, que como hemos visto está muy limitada en el ámbito de las modificaciones. No se explica como muchas de las modificaciones aprobadas no han acabado siendo consideradas como prevaricación, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia entiende que para que se dé el tipo “será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”. Y a ello añadir que quién interviene en la contratación conoce sus normas. Así, “Cualquier profesional conoce que la contratación administrativa "ad personam", sin control previo y sin ni siquiera concreción del precio es irregular”²¹²⁷.

En tercer lugar, se pueden utilizar los mecanismos utilizados para valorar la aptitud y solvencia del licitador. En particular, el criterio de la experiencia o rendimiento pasado puede jugar un papel importante. Esta experiencia debe estar referida a la aptitud para ejecutar el contrato (así se cumple con la jurisprudencia sentada en *Beentjes* o *Lianakis*), si bien las nuevas Directivas parecen abrir la puerta a la utilización de la experiencia también como criterio de adjudicación.

En el mismo sentido debe extenderse el uso de las prohibiciones para contratar y de las exclusiones de candidatos en la fase de selección. El artículo 57 de la Directiva 2014/24 daría cobertura suficiente a la entidad adjudicadora para hacerlo, cumpliendo las condiciones allí establecidas, con independencia de lo que la legislación nacional estableciese. Habría que estudiar con mayor detenimiento cómo se aplicarían instituciones como la sucesión de empresas, la pertenencia al mismo grupo, o las políticas de self-cleaning.

En cuarto lugar, debe imponerse la línea jurisprudencial que defiende la interpretación

²¹²⁷ STS, Sala Segunda, 01/07/2015 (Ar. 3899; MP: Ana María Ferrer García)

estricta de los conceptos jurídicos. Hasta ahora, “en punto a aceptar explicaciones, la jurisprudencia se ha manifestado normalmente abierta y flexible”²¹²⁸. Ello ya no es posible. No hay necesidad de acudir al argumento de que se trata de excepciones al régimen general para defender la interpretación estricta. Es suficiente con que los órganos de control fiscalicen de manera correcta la decisión administrativa y su motivación, combatiendo las motivaciones genéricas y el continuo abuso en el uso del interés público. La interpretación estricta debe ser, en efecto, el “límite primario” de la modificación de los contratos²¹²⁹.

El interés público que impone (y sólo puede imponer) la ley ha extendido su alcance y no sólo se centra en finalizar el contrato a toda costa. La regulación, reforzada por las nuevas Directivas, ha puesto su foco en el correcto funcionamiento del sistema de contratación, y ello debe primar a la hora de interpretar el concepto de interés público. Y si bien se puede lograr una contratación más económica a corto plazo, ello no es lo legalmente preferido por la norma, que parece apostar por una contratación económica en el largo plazo. Una interpretación laxa de los conceptos dejaría sin contenido al régimen de los modificados: siempre puede argumentarse la existencia de un interés público en acabar los trabajos. No deja de ser reflejo de la situación la afirmación del Consejo de Estado en su Memoria de 2004, cuando señala que se dan modificaciones que, “aunque como causa legitimadora respondan a un interés público, son consecuencia de imprevisiones que podrían y deberían haber sido evitadas y con las que parece incluso haber contado el contratista en su programa contractual”²¹³⁰.

No olvidemos tampoco que no se trata aquí de discrecionalidad, sino que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, los cuales sólo tienen una solución lícita posible²¹³¹. Ello es un matiz importante como observa FONT I LLOVET en el caso de la adjudicación: “si en la determinación de la oferta más ventajosa no hay discrecionalidad, sino concepto indeterminado, el Tribunal puede condenar a la Administración a adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa, una vez eliminado el adjudicatario”²¹³². Esto puede aplicarse a la

²¹²⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol. IV, p. 402 ; el autor cita STS 19 febrero 2008; STS 27 febrero 2008.

²¹²⁹ Así se pronuncia J. E. GARCÍA DE LA MATA; J. G. PIPAON PULIDO, “Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público”, cit., p. 7.

²¹³⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 131.

²¹³¹ En este sentido F. SÁINZ MORENO, “Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa”, cit.; ver también STS 21 febrero 1998 (Ar. 1401).

²¹³² T. FONT I LLOVET, “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en Luis Cosculluela Montaner

modificación, que no es una medida discrecional. Por tanto, el juez podría deducir cual es la única solución posible.

No hay que olvidar tampoco que la correcta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados pasa, por supuesto, por atender al Derecho europeo. Como señalase BAÑO LEÓN en su clásico artículo *La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, “desde la perspectiva comunitaria no resulta en absoluto indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas de Derecho comunitario aunque afecte exclusivamente al Derecho interno”²¹³³.

11.2. Soluciones jurídicas

En la sección anterior se concluye que la solución adoptada ha sido la de proteger la licitación a través de las normas. A continuación se presentan algunas otras soluciones posibles que se pueden adoptar, con independencia de cuál sea el marco jurídico que regula modificación. Se trata de un conjunto de soluciones jurídicas que pueden tener una importancia decisiva en la solución de la cuestión.

11.2.1. El reparto de los riesgos

El reparto de riesgos hemos visto que se erige hoy en una de las claves de la contratación. Como señala CASTIÑEIRA JEREZ, “contratar es sinónimo de delimitar, asumir y excluir riesgos”²¹³⁴. También lo es en la contratación pública. El hecho de que la Administración acuda a terceros para lograr sus fines se justifica siempre que ello sea más efectivo social y económicamente que la posibilidad de realizarlo por sus medios.

Ahora bien, los riesgos contractuales juegan un rol contradictorio para alcanzar esos objetivos. Por un lado, debe trasladarse los riesgos a quién mejor los gestione, que en muchos casos será el contratista. Esto alcanza su máxima expresión en contratos como las concesiones, donde incluso la propia definición exige esa traslación de riesgos.

(ed.) *Estudios de derecho público económico : libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003., p. 1463 ; Sobre capacidad de control del juez sobre la decisión: puede llegar a sustituir: STS 11 junio 1991; STS 11 marzo de 2002. Opina que no la STS 7 marzo 2006 rec. 1169/2003.

²¹³³ BAÑO LEÓN, J.M., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, cit.

²¹³⁴ J. CASTIÑEIRA JEREZ, “Pacta Sunt Servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit.

Por otro, debe entenderse que las asunción de esos riesgos encarece sobremanera el contrato.

En todo caso, deben ser los pliegos los que fijen estos extremos. Son éstos precisamente los que son objeto de publicidad, y pueden ser combatidos en el procedimiento de adjudicación.

Una vez que las partes han acordado cómo se repartirán los riesgos, los órganos de control deben abstenerse en lo posible de interferir en ese equilibrio alcanzado. Se interfiere, por ejemplo, cuando se va consolidando una “tendencia a relativizar formalmente el rigor de la cláusula *rebus sic stantibus*, de suerte que en vez de un mecanismo excepcional en la vida del contrato se trataría de un elemento corrector ordinario del mismo”²¹³⁵, a través de la utilización del criterio de equilibrio económico y de conmutatividad de las prestaciones²¹³⁶. De esa manera, ocurre que la cláusula *rebus sic stantibus* no opera como elemento excepcional, “sino que se inserta en la variación por el juego de las reglas del mercado del precio de los materiales de obra”²¹³⁷.

Superar estas interferencias pasa por considerar a las partes contratantes como profesionales del sector y, por tanto, como personas que desde la diligencia y la buena fe han medido los riesgos a los que se pueden enfrentar. En ese sentido, por ejemplo, el Consejo de Estado, respecto al mercado de materiales de obra, considera que éste “es un libre mercado plena y perfectamente conocido por las empresas que se dedican a la contratación pública y que han acreditado, para su clasificación una probada experiencia en el sector”²¹³⁸. Un buen ejemplo de esta postura se da en un contrato de obra de renovación de red de saneamiento, el contratista a los nueve días de comenzar la ejecución solicita la modificación del proyecto por existir circunstancias geotécnicas imprevisibles. Ante la negativa de la Administración, la contratista abandona la obra, por lo que la aquélla solicita iniciar el procedimiento de resolución. El órgano consultivo afirmó que “el nivel de información geotécnico existente en el Proyecto era suficiente y su comprobación previa al alcance de cualquier empresa especializada como la adjudicataria”²¹³⁹. Es decir, que la complejidad del proyecto y la

²¹³⁵ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 200.

²¹³⁶ Criterios utilizados en STS, Sala Primera, 30/06/2014 (Ar. 3526; MP: Francisco Javier Orduña Moreno).

²¹³⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 203.

²¹³⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 207.

²¹³⁹ Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, 269/2015, de 9 de noviembre de 2015.

supuesta capacitación del contratista influyen en la distribución de riesgos de la ejecución.

Lo mismo ocurre cuando las partes pretenden modificar un contrato, pero el órgano consultivo entiende que “la naturaleza y la entidad de las deficiencias, que se han indicado más arriba, abonan que debían y podían haber sido detectadas previamente. En cuanto a las dificultades sobrevenidas, la Comisión considera que hay algunas, como las afectaciones de servicios y las geológicas, que también tenía que haber conocido el contratista mediante un examen previo del terreno y que no pueden considerarse sorprendentes para un profesional. La conclusión de la Comisión es que la imputabilidad de la mayoría de las dificultades en la ejecución del contrato a la falta de examen profesional por parte del contratista excluye la causa de interés público, única que legitimaba la facultad de modificación por parte de la Administración según la legislación aplicable y el pliego de cláusulas”.²¹⁴⁰

Y en el mismo sentido estricto cuando la recurrente esgrime que el proyecto elaborado por la Administración estaba repleto de indefiniciones que han conducido a determinados sobrecostos, y la Audiencia Nacional establece que éstos “por su propia naturaleza no son susceptibles de configurar lo que hemos denominado un “riesgo razonablemente imprevisible”, pues la diligencia exigible al contratista en el estudio, interpretación y valoración del proyecto de obras y la documentación que lo integra, cuando formuló su oferta en la licitación, conlleva su previsibilidad, tal y como razonaremos más adelante al examinar individualmente las diferentes partidas indemnizatorias reclamadas”²¹⁴¹. Entiende la Sala que la distribución de riesgos establecida (en este caso fijada por el principio de “riesgo y ventura”) debe ser estrictamente interpretada ya que de otra manera se atentaría contra los principios que rigen la licitación. Por tanto, vincula distribución de riesgos (riesgo y ventura en este caso) y licitación.

En todo este proceso, que pasa por reconocer la capacidad profesional de quienes intervienen en la contratación pública, es muy interesante el efecto de la contractualización de la modificación de los contratos.

La nueva normativa, como hemos dicho, empuja a la modificación hacia los pliegos. Pero

²¹⁴⁰ Dictamen del Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, 7/2012, de 19 de enero de 2012.

²¹⁴¹ SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar.192625; MP: Juan Pedro Quintana Carretero).

también limita sobremanera la posibilidad de modificar el contrato si no estaba previsto en los pliegos. Por ello las partes deben blindarse frente a posibles contratiempos. Por ejemplo, ante la subida del coste de las expropiaciones hay dos opciones, o se incluye una cláusula en los pliegos o el contratista debe entender que es el beneficiario de esas expropiaciones y, por tanto, el que debe asumir el justiprecio, sabiendo que este puede variar al depender de la interpretación del Jurado de Expropiación, primero, y de los Tribunales, después²¹⁴².

En contra de esta propuesta irían aquellas decisiones que tienden a limitar la distribución de riesgos. Por ejemplo, en el Acuerdo 76/2015, el TACP de Aragón analiza la legalidad de una cláusula de un contrato de obra para la construcción de un nuevo hospital en el que se establecía que “...se ejecutarán a coste cero todas aquellas modificaciones que supongan un incremento del pem inferior al 10%”²¹⁴³. Pues bien, el recurrente y también el Tribunal entienden que, a la vista de tal cláusula, de darse una de las causas que justifican la modificación se produciría una ruptura del equilibrio económico del contrato y de enriquecimiento injusto de la Administración. El Tribunal considera que se trata de una cláusula que vicia de nulidad de pleno derecho a todo el pliego, por la incidencia de dicha cláusula tiene en las ofertas presentadas.

Considera el Tribunal que “Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato” e incluso que “incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria”.

²¹⁴² Ejemplo de pacto de riesgos por aumento de expropiaciones en STS, Sala Tercera, 02/07/2015.

²¹⁴³ En el Anexo XV de los Pliegos también se prevén modificaciones por los siguientes motivos:

1- Cuando surjan causas imprevistas en su construcción que afecten a la cimentación o a la estructura. 2- Como consecuencia de la aparición, en su caso, en el subsuelo, de restos arqueológicos, o cualquier otro elemento que requiera su retirada, o acequias, no conocidos desde la redacción del proyecto. 3- Por cambios derivados de la publicación de nuevas normativas durante el proceso de construcción que afecten al proyecto aprobado, aunque las mismas no tuvieran efecto retroactivo en su aplicación. 4- Cambios en materiales o equipos prescritos en el proyecto por la imposibilidad de suministro en fecha, siempre que estos cambios sean aceptados previamente por la Dirección Facultativa y la Propiedad y siempre que cumplan con iguales ó superiores condiciones técnicas. 5- Modificaciones que afecten a la urbanización del solar. 6- Cuando se deban realizar reajustes en el Plan Funcional, conforme al cual se ha elaborado el proyecto de ejecución. 7- En caso de modificación de las condiciones de suministro previstas en proyecto se deberán modificar las instalaciones afectadas. 8- Cambios que no pudieron plantearse o realizarse en el momento de la licitación, que pudieran permitir reducciones de consumo energético sustanciales en el futuro, entendiéndose por éstos los que pudieran ser mayores o iguales a un 5% del mismo.

Y fija como límite: Los supuestos como máximo podrán afectar un 20% del precio inicial del contrato.

Esta resolución encumbra, pues, el principio de equivalencia de las prestaciones como un límite a las modificaciones previstas. “Honesta equivalencia” entre lo que el contratista ejecuta y lo que recibe a cambio, principio que, según la resolución, debe conectarse con el de buena administración. Se afirma que “en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista. Y, por ello, debe ser declarada ilegal”. Ello es muy loable, si bien ignora que esa asunción del 10% por parte del contratista forma parte de “las reglas de retribución” del contrato. Sí estaríamos en el supuesto de infracción de las reglas de retribución si, sin decir nada en los pliegos, durante el contrato se introducen modificaciones y no se remunera por ellas.

Asimismo, el Tribunal añade un segundo argumento: que la cláusula es contraria al principio de eficiencia presente en el art. 31.2 CE y el art. 7 LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria. Dice el Tribunal que la cláusula conduce a que los licitadores anticipen ese posible gasto e incrementen el precio ofertado. Sin embargo, la posible pérdida de eficiencia puede compensarse por la presión competitiva a la que se somete esa prima de riesgo que los licitadores pueden incluir en su oferta. Pero el Tribunal se descuelga señalando que si algún licitador decide asumir el riesgo, entonces se “rompe con la regla de igualdad de trato, y es una condición que no encuentra cobertura legal y que puede, además, ocultar o amparar ofertas que pueden resultar anormales o desproporcionadas, lo que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato (que es la auténtica causa del procedimiento de licitación)”.

Esta resolución no es acertada en cuanto merma la libertad contractual de la Administración. Si se sigue esta línea entonces debería también prohibirse las cláusulas que garantizan cualquier tipo de rendimiento al contratista con independencia de los acontecimientos²¹⁴⁴. Sí coincidimos con ella en lo que respecta a la deficiente redacción de los supuestos que permiten la modificación, que deben estar redactados sin vaguedad o imprecisión.

Por último, uno de los aspectos que de manera indirecta refleja la distribución de riesgos es el precio. En concreto la baja que el contratista está dispuesto a ofrecer. No es habitual ver

²¹⁴⁴ Informe Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía, 2/2013, 3 de octubre de 2013 :” Si no se alcanza una TIR 8,51% se solicitará al Ayuntamiento una prórroga en el plazo de la concesión según lo previsto en la cláusula 3 del Pliego de Condiciones económico-administrativas que textualmente dice: “Excepcionalmente se admitiría una prórroga de hasta 20 años más, siempre que venga motivada por la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos y términos previstos en el Pliego”.

sentencias como la STS de 13 de mayo de 1987 (Ar. 9115). En ella la Sala niega que exista una modificación del contrato ni un enriquecimiento injusto en la medida en que “de haberse producido un enriquecimiento por parte de la Administración, la causa habría que buscarla en la propia conducta del apelante, que con la baja ofrecida evitó la adjudicación de la obra a las otras nueve empresas cuyas proposiciones habían sido, también, admitidas al concurso-subasta”. E incluso evoca el principio de buena fe: “

“Siendo el presupuesto de la contrata de 232.317.574 pesetas (doscientos treinta y dos millones trescientas diecisiete mil quinientas setenta y cuatro pesetas), formular una proposición de 135.905.000 pesetas (ciento treinta y cinco millones novecientas cinco mil pesetas), eliminar mediante una baja del 41,50 por ciento a los demás licitadores, justificar la baja con los argumentos que ya hemos examinado y solicitar luego de la Administración una ampliación del presupuesto de la obra hasta 256.000.000 pesetas (doscientos cincuenta y seis millones de pesetas), son hechos difícilmente encajables, por parte del contratista, en el invocado principio de la buena fe”²¹⁴⁵.

Tampoco decisiones como la del Consejo de Estado en su Dictamen 953/2011, donde vincula el riesgo y ventura y la baja ofertada:

“Y, por otro lado, el principio de riesgo y ventura no ha de quedar sometido a grados ni escalones; no se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreta, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración la que la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja, incluso las muy notables, se corregirían posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas”²¹⁴⁶.

11.2.2. El mutuo acuerdo

Estudiado de manera sucinta el papel del mutuo acuerdo y en particular de la novación en el Derecho civil, cabe preguntarse si en el **contrato administrativo** tiene cabida la modificación por mutuo acuerdo²¹⁴⁷.

²¹⁴⁵ STS, Sala Tercera, 13/05/1987 (Ar.9115; MP: Carmelo Madrigal García).

²¹⁴⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 953/2011, de 29 de septiembre de 2011.

²¹⁴⁷ Nos limitamos a estudiar el papel del mutuo acuerdo ya que los Tribunales españoles se refieren a novación contractual independientemente de la forma en que se haya producido; como ejemplo ver EDJ 2014/182651 STS Sala 3ª de 1 octubre 2014 - Ya en el siglo XIX se hablaba de novación de un contrato público. Lo mismo el Consejo de Estado en su Memoria de 2001 cuando afirma que debe verificarse la actividad contractual de la Administración para que “la técnica del ‘proyecto reformado’ y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato... obedezca a su razón de ser” (p. 158).

En caso de la contratación pública, la modificación no está pensada para satisfacer el interés de las partes, sino el interés general. Es decir, que cuando la Administración considera que seguir ejecutando el contrato en las condiciones actuales es contrario al interés público, sólo entonces deberá ordenar su modificación. Y en España tradicionalmente esto se ha hecho a través de la modificación unilateral del contrato, aunque se haya observado que en muchas ocasiones el uso de prerrogativas administrativas ocurre “a iniciativa y en interés del contratista” como las modificaciones aparentemente unilaterales²¹⁴⁸.

La modificación unilateral ha sido tradicionalmente el modelo seguido por los contratos administrativos. Tanto es así que el llamado *ius variandi* se utiliza en el debate doctrinal como un elemento propio contrato administrativo como figura diferente al contrato civil.

Ahora bien, con independencia de ello debemos preguntarnos si cabe también la posibilidad de modificar el contrato administrativo por mutuo acuerdo. La respuesta debe ser afirmativa: en el Derecho de los contratos públicos es jurídicamente posible dar cabida al mutuo acuerdo como fórmula de modificación de los contratos²¹⁴⁹.

En primer lugar, la modificación por mutuo acuerdo se puede justificar precisamente en la naturaleza contractual de los contratos públicos. Si se entiende que éstos no son una figura ajena al Derecho de los contratos, entonces debe aceptarse que los derechos y obligaciones fijados en un negocio jurídico puedan ser modificados por una nueva concurrencia de voluntades. Así se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según la cual aunque no esté contenido expresamente en la legislación, la modificación bilateral debe ser admitida como consecuencia del principio de libertad de pactos proclamado en la norma (en ese caso en el artículo 3 LCE y el 4 de la LCAP), ya se trate de contratos administrativos o contrato privados. En estos últimos, incluso, se trata de la única manera de modificar el contrato, al no entrar en juego la modificación unilateral reservada a los contratos administrativos²¹⁵⁰. Cosa distinta será estudiar cómo se manifiestan esas voluntades, ya que en el caso de la Administración deberá llevarse a cabo mediante el procedimiento administrativo correspondiente.

²¹⁴⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 131.

²¹⁴⁹ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., vol IV, p. 404.

²¹⁵⁰ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 48/95, de 21 de diciembre de 1995.

Además, la modificación por mutuo acuerdo de los contratos públicos responde a la perfección a la nueva manera de administrar, que pretende dar cabida al interesado en la toma de decisión administrativa. Lo unilateral va dejando paso a lo bilateral en aquellas parcelas en que ello es admisible. Precisamente, la contratación administrativa, por beber de la institución contractual puede ser un campo fértil donde desarrollar esta práctica²¹⁵¹.

Otro argumento para defender la posibilidad de la modificación por mutuo acuerdo es la previsión normativa de la resolución por mutuo acuerdo²¹⁵². Si cabe la resolución por mutuo acuerdo, debe entonces también aceptarse la modificación, un fenómeno con consecuencias más favorables para la relación contractual. Ahora bien, deben observarse ciertas garantías.

Ahora bien, que sea jurídicamente posible no quiere decir que la modificación por mutuo acuerdo se pueda producir sin límite alguno. Si en el Derecho civil la novación no es más que una aplicación del dogma de la autonomía de la voluntad²¹⁵³, en el Derecho Administrativo el encorsetamiento de ese dogma supone que la novación de las obligaciones por mutuo acuerdo esté limitada y regulada.

El primer límite para la modificación por mutuo acuerdo es que ésta traiga causa en el interés general. Esta afirmación es una obviedad, en la medida en que toda actuación administrativa debe responder a la satisfacción de dicho fin. Sin embargo, el gran temor que despierta la modificación por mutuo acuerdo es precisamente que en la negociación operen y se impongan otros intereses que no sean los generales.

Un segundo límite debe encontrarse en las reglas generales de modificación de contratos, en particular a la que prohíbe la alteración de las condiciones sustanciales del contrato o del pliego. Por ejemplo, una alteración de un contrato de gestión de servicios que pretende pasar de gestionar 90 postes de señalización a 200, a cambio de aumentar el plazo del contrato, cuando el propio documento se contiene una cláusula que explícitamente considera el plazo

²¹⁵¹ R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.

²¹⁵² Figura que introduce la LCE de 1965 y que recoge la jurisprudencia – STS 12 febrero 1910; y del C.E 15 marzo 1946 y 19 enero 1949; 9 diciembre 1965; 10 febrero 1966; 10 marzo 1966.

²¹⁵³ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, cit., p. 19

improrrogable²¹⁵⁴. La modificación por mutuo acuerdo, claro, tiene que respetar los principios que informan la ejecución del contrato. Por ejemplo, en el Informe 23/2011 de la JCCA se señala que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce” (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, reiterado en 47/98, 52/00, 59/00, 12/06)”.

En tercer lugar, aplicando por analogía la postura del Consejo de Estado sobre la resolución por mutuo acuerdo²¹⁵⁵, la modificación no puede suponer transacción, esto es, que la Administración renuncie a bienes y derechos de la Hacienda.

En cuarto lugar, y siguiendo con la aplicación analógica de los supuestos de resolución por mutuo acuerdo, la modificación no puede producirse para encubrir una situación en la que el contratista es responsable. Por ejemplo, en el caso en que se modifica el contrato para evitar imponer las penalidades previstas al contratista.

Además de los límites hasta ahora señalados, hay que subrayar que la modificación por mutuo acuerdo no supone renunciar a los controles establecidos. Las normas sobre modificación de los contratos, tanto las procedimentales como las sustantivas, deben aplicarse con independencia de la forma de llevar a cabo la modificación.

Técnicamente, una posible forma de llevarlo a cabo el mutuo acuerdo es través de la terminación convencional del procedimiento de modificación. Para ello, la norma debe prever “el alcance, efectos y régimen jurídico específico” y siempre teniendo “por objeto satisfacer el interés público” (art. 88 LPAC). El propio art. 88 LPAC prevé que “tales actos

²¹⁵⁴ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, núm. 47/98, de 17 de marzo de 1999.

²¹⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 128/97, de 24 de abril de 1997; Dictamen del Consejo de Estado, 1198/2012, de 30 de enero de 2013. Se ha apuntado el carácter restrictivo que debe adoptar el mutuo acuerdo en la contratación administrativa, al menos en lo que respecta a la resolución del contrato. Cfr. J. COLÁS TENA, “El cumplimiento y la ejecución”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014., p. 357

tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

También es posible acudir directamente a la firma de una adenda al contrato original. Por ejemplo, cuando en materia de concesión de autopistas se firman convenios entre la Administración y la Concesionaria²¹⁵⁶, cuya celebración es exigencia del art. 25.1 Ley 8/1972 de 10 de mayo.

Actualmente el TRLCSP no contempla expresamente la modificación del contrato por mutuo acuerdo. Es decir, en España el mutuo acuerdo tiene un carácter residual, al menos desde el punto de vista teórico. Desde un punto de vista práctico, y dada la gran cantidad de contratos modificados y las pocas impugnaciones, es de suponer que la prerrogativa de modificación unilateral encubre en ocasiones una auténtica modificación bilateral. Tan sólo hace mención a ella en el caso de resolución de la concesión, cuando permite la revisión por mutuo acuerdo de los contratos otorgados por el concesionario a terceros para la explotación comercial de zonas complementarias (artículo 271.5). También habla de prórroga por mutuo acuerdo en los contratos de servicios, cuando ello estuviese previsto en los pliegos (artículo 303), siendo el límite máximo de la duración del contrato (y sus prórrogas) de seis años. Un campo en el que suele producirse la modificación de mutuo acuerdo es el de las prórrogas contractuales²¹⁵⁷.

Abordado cual sería el régimen del mutuo acuerdo en la contratación administrativa, lo cierto es que su aceptación no es pacífica. Frente a autores que la defienden surgen otros que se oponen a dicha posibilidad.

Entre los primeros, ESCRHUELA MORALES considera que sí debe aceptarse el mutuo acuerdo como manifestación de la libertad de pactos consagrada en el artículo 25.1 TRLCSP, así como en base a un argumento *a minore ad maius* : si cabe la resolución por mutuo acuerdo, también la modificación²¹⁵⁸.

²¹⁵⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 512/2006, de 30 de marzo de 2006.

²¹⁵⁷ J. AGUDO GONZÁLEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, cit., p. 16: “Los supuestos de prórroga de mutuo acuerdo o voluntaria han sido comunes en la práctica”.

²¹⁵⁸ F. . ESCRHUELA MORALES, “La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 95, marzo, 2010., p. 59.

En sentido contrario, HORGUÉ BAENA considera que la modificación por mutuo acuerdo no está presente en el ordenamiento español en la medida en que la consagración del principio de inmutabilidad del contrato lo impide, con la única excepción de la modificación unilateral²¹⁵⁹. La autora entiende que no es que el texto guarde silencio sobre la modificación por mutuo acuerdo, sino que ésta queda excluida al reconocer la modificación como potestad administrativa. Para VÁZQUEZ MATILLA “no es posible modificar un contrato administrativo por mutuo acuerdo de las partes, por la existencia de las reglas propias de la licitación del contrato”²¹⁶⁰. Prohibición que, según el mismo autor, se ha hecho extensible a la modificación de un contrato privado. Por su parte GRIS GONZÁLEZ considera que si antes sí era una opción posible, ahora, tras la aprobación de la LES el principio de legalidad positiva tutela el régimen de modificación de los contratos, lo cual imposibilita al ente adjudicador para acudir a supuestos distintos de los tasados en la legislación²¹⁶¹. La misma postura mantiene MELLADO RUIZ, quien considera que la entidad contratante ya sólo puede acudir a los supuestos del artículo 106 y del 107 TRLCSP.

El hecho de que el mutuo acuerdo no sea la fórmula de modificación del contrato tiene consecuencias negativas. Por un lado, que cualquier defecto u omisión del acuerdo de modificación unilateral es achacable a la Administración. Aunque exista jurisprudencia minoritaria que considere lo contrario, en general, el contratista puede escudarse en los errores de la Administración para reclamar después. Asimismo, la suspensión que acarrea en ocasiones la modificación podría imputársele a la Administración, que es la que ordena la modificación unilateral, y ello podría llevar a una resolución del contrato por el transcurso de varios meses de suspensión²¹⁶².

Otro ejemplo típico es el de la modificación del contrato en que no se incluyen todos los trabajos que después se realizan. En la actualidad ese exceso es abonado por la Administración “que es quien está facultada para realizar modificaciones” y no puede aprovecharse de su propia omisión para no abonar lo realmente ejecutado²¹⁶³. Lo mismo

²¹⁵⁹ C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obras*, cit., p. 47.

²¹⁶⁰ J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 113.

²¹⁶¹ J. C. GRIS GONZÁLEZ, “El Ius Variandi en la contratación pública: clases de modificaciones y límites”, cit., p. 7.

²¹⁶² Dictamen del Consejo de Estado, 880/1995, de 8 de junio de 1995.

²¹⁶³ STS, Sala Tercera, 23/04/2002 (EDJ. 10602; MP: Juan José González Rivas) lo cual conecta con el enriquecimiento injusto que ya hemos estudiado.

ocurre en caso de que durante una prolongación unilateral se produzcan circunstancias imprevisibles. Es el caso abordado por el Tribunal Supremo en STS 1 julio 2015, que admite la compensación a un concesionario por subida del precio de los bituminosos acaecida durante la prolongación del contrato. Ahora bien, en ese caso, dado que la prolongación fue acordada unilateralmente por la Administración, los mayores costes deben ser imputables a la Administración en tanto que fue la que provocó que el riesgo de subida, al materializarse, acabase impactando en el contrato²¹⁶⁴.

Además, el acto de modificación aparece como una decisión unilateral cuando la realidad es bien distinta, siendo muchas veces una iniciativa del contratista que, incluso, de facto elabora el proyecto de modificado. Muchas veces estos cambios se adopten de mutuo acuerdo, aunque envueltos en un aura de unilateralidad derivada del acto administrativo de modificación. Por tanto, la división entre mutuo acuerdo y modificación unilateral se difumina²¹⁶⁵.

Existen intentos de cierta línea jurisprudencial de romper el dogma de la unilateralidad, dotando a figuras ya existentes de los efectos que generaría el mutuo acuerdo. Un ejemplo en sentido contrario, esto es, en el que la Sala no concede el abono de indemnización alguna, es el caso de un contrato de gestión de servicios en el que, ante un hecho imprevisible se demoró el inicio del contrato, demora ante la cual el contratista muestra su conformidad expresa. Pues bien, la Sala entiende que esa conformidad puede ser interpretada como una suspensión de mutuo acuerdo, lo cual “impide al contratista la posibilidad de solicitar con posterioridad ser resarcido por tal motivo”²¹⁶⁶. La Sala señala que,

“Discrepamos de la alegación del apelante de que al dar su conformidad y aceptar la demora se limitara únicamente a aceptar la decisión del órgano administrativo ya que la otra alternativa -iniciar la prestación era inviable, pero sin renunciar en ningún caso a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por el retraso producido, por cuanto que, los términos de la conformidad son claros mostrando su conformidad expresa y aceptando la demora en el inicio de la prestación del servicio, y teniendo otras alternativas, tales como manifestar su discrepancia, solicitar la resolución del contrato o manifestar en tal momento que ello

²¹⁶⁴ STS, Sala Tercera, 01/07/2015 (Ar. 3897; MP: Nicolás Maurandi Guillén); se añade, además que “Y debe añadirse que esa decisión de la sentencia recurrida, de imponer a la Administración contratante las consecuencias de la elevación del precio acaecida durante una prolongación del contrato sólo a ella imputable, es coherente con el desplazamiento del riesgo que para la parte contratante que incurre en mora establecen los artículos 1096 y 1183 del Código civil”.

²¹⁶⁵ Fenómeno que cómo hemos visto ocurre también en Francia. Cfr. GAUDEMET, Y., Prólogo a H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, cit., p. v.

²¹⁶⁶ STSJ de Madrid, sec. 3ª, 27/12/2012 (EDJ.328008; MP: Fátima Arana Azpitarte).

implicaría la necesidad de que fuera resarcido porque se alteraba el equilibrio económico financiero de la concesión, sin embargo nada de esto hizo sino que mostró su conformidad expresa y aceptó la demora en el inicio de la prestación del servicio cuando el Ayuntamiento le interpeló sobre ello, debiendo de tenerse en cuenta que el comportamiento del contratista mostrando su conformidad con la demora también pudo condicionar la decisión de la Administración de continuar con el contrato tal como fue adjudicado, pudiendo haber sido distinta la decisión de la Administración si el contratista no hubiera mostrado su conformidad ó hubiera solicitado desde el primer momento un resarcimiento en la cuantía que se está hoy solicitando”

Es decir, que a pesar de tratarse de una actuación unilateral, la conformidad expresa del contratista lo convierte en un instrumento de actuación de carácter bilateral.

Configurar el sistema administrativo como de modificación bilateral serviría a su vez para homogeneizar regímenes tanto internos (contrato privado versus contrato público), como externamente (modelo continental versus modelo anglosajón). De hecho, el mutuo acuerdo es algo común en nuestro entorno jurídico, fruto de la naturaleza contractual de la relación entre las partes²¹⁶⁷.

Por su parte, no puede esgrimirse que el sistema de acción unilateral está bajo mayores controles. La realidad ha demostrado que los controles han fallado estrepitosamente a pesar de utilizar este sistema. Y ello es porque poco importa la manera de modificar el contrato. Lo que de verdad interesa es que esa modificación esté sujeta a supervisión y control, tanto interno como externo.

El consagrar un sistema de modificación por mutuo acuerdo tampoco supondría desapoderar a la Administración. En caso de que el contratista se negase a alcanzar un acuerdo sí podría acudir a la modificación unilateral, pero sólo como opción extraordinaria. Esa negativa del contratista podría tener efectos jurídicos *a posteriori*.

11.2.3. El endurecimiento de las condiciones para lograr la compensación o la indemnización en caso de modificación

Uno de los fenómenos que corren paralelos a la modificación del contrato es la posibilidad de reclamar daños y perjuicios que por ella se han generado. Esa reclamación suele interponerse una vez ejecutado el contrato y con motivo de la liquidación del contrato.

²¹⁶⁷ P. CRAIG, “Specific powers of public contractors”, cit., p. 195.

Tres son los conceptos que suelen reclamarse entonces. Primero, la compensación por trabajos realizados y no abonados. Segundo, los daños causados por la modificación del contrato. Tercero, aquellos daños generados por riesgo imprevisible o por fuerza mayor. Habitualmente estas solicitudes van acompañadas de la muchas veces aquí mencionada doctrina del enriquecimiento injusto. Es decir, que de no ser abonadas las cuantías solicitadas, se estaría produciendo una situación de enriquecimiento injusto en favor de la Administración.

Ahora bien, para poner freno a dichas reclamaciones existen algunos mecanismos jurídicos apenas explorados. En primer lugar, aplicar estrictamente los requisitos que la doctrina del enriquecimiento sin causa exige, con especial atención a la posible negligencia del contratista. En segundo lugar, atender a la actitud del contratista. Y en tercer lugar, ser más estricto al considerar los plazos para reclamar.

11.2.3.1. Respecto a la aplicación estricta de los requisitos del enriquecimiento sin causa.

Recordemos, aunque sea brevemente, los requisitos exigidos para que concurra la existencia de enriquecimiento sin causa, tantas veces aplicado en relación a la modificación del contrato. Se exige el aumento del patrimonio de una de las partes, el empobrecimiento de la otra, el nexo causal entre ambos sucesos y la ausencia de causa. Todas ellas podrían ponerse en duda (por ejemplo, si se prueba que acudiendo a nueva licitación se hubiese obtenido la obra o servicio más barato), pero nos vamos a centrar en las dos últimas, que son las que podrían hacer tambalearse la actual línea jurisprudencial dominante, tendente a la aplicación del enriquecimiento sin causa.

Así pues, causa y nexo causal aparecen como los dos criterios que no siempre quedan claros en la jurisprudencia.

Respecto a la causa, suele entenderse por tal que exista negocio jurídico válido o disposición legal que dé cobertura a la transacción. Por tanto, si se prueba que las cláusulas iniciales del contrato incorporaban los trabajos realizados, se desactivará la posibilidad de acudir al enriquecimiento injusto. En el caso de una modificación nula, entonces no queda más remedio que comprobar si el contrato original, que sigue siendo válido, da cobertura a estas

situaciones o si, por el contrario, habrá que acudir al enriquecimiento sin causa.

Respecto al nexo causal, habría que plantearse si la diligencia del contratista es capaz de intervenir en dicho nexo. Si se entiende que el contratista debe actuar de manera diligente para poder aceptar el enriquecimiento sin causa, entonces hay que delimitar qué se entiende por “diligencia” a la hora de modificar el contrato. No sólo basta con afirmar que el enriquecimiento sin causa sirve para proteger a los contratistas que actúen de buena fe²¹⁶⁸, sino que además de dicha buena fe habrá que exigir una diligencia profesional mínima. Sin perder de vista, claro, que el estándar mínimo de exigencia es alto dada la experiencia del contratista en el sector, comprobada mediante la acreditación de la solvencia en la fase de licitación. Todo ello conecta indudablemente con la consideración de los contratistas como profesionales capaces que ya defendíamos en la solución sobre el reparto de los riesgos. Esa capacidad lleva a que sin un contratista entiende que se le está exigiendo más allá de lo pactado debe ponerlo en conocimiento del órgano contratante de manera inmediata. Todo lo que se aleje de esa actitud podría acabar siéndole imputable.

Ahora bien, de contrario se podría argumentar que el enriquecimiento sin causa, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, no exige el estudio de las culpas de cada una de las partes ya que se trata de carácter objetivo.

Veamos algunos ejemplos que de manera minoritaria se observan en la jurisprudencia. Sólo extraordinariamente se ha considerado que el contratista debía conocer que no se daban los requisitos para acometer los trabajos y aun así lo hizo²¹⁶⁹. Es el caso de, por ejemplo, un curso de e-learning que se contrata por menos de 18.000 euros – como contrato menor, claro. Pero que se considera insuficiente por lo que se solicita que se incorporen nuevas características ya que el trabajo inicial “no era la idea” que la DGT tenía del curso. Ese nuevo curso e-learning alcanza la cifra de 150.000 euros, en la mayoría de casos a través de facturas con importe menor a 18.000 euros. Señala la recurrente que “es posible que para el encargo del nuevo curso e-learning sobre seguridad vial la DGT no siguiera las formalidades y trámites legalmente establecidos, no obstante lo cierto y verdad es que se le hizo el encargo del nuevo

²¹⁶⁸ STS 18 julio 2003; 18 junio 2004.

²¹⁶⁹ Así STS 12 noviembre 1989 ar 4489: no admite reclamación del contratista por mejoras no autorizadas aún autorizadas por el Alcalde [se trata de una postura minoritaria] – tampoco la STS 22 febrero 1980, ar 740 ; STS 8 marzo 1991, ar 2137 ; STS 26 febrero 2001, ar. 1831.

curso y ejecutó el curso conforme al nuevo encargo, sin que la circunstancia de que el contratante no cumpliera con las formalidades exigidas para la adjudicación del nuevo contrato (ó modificación del ya adjudicado) pueda servir de excusa para eludir el pago de un trabajo efectivamente realizado en su beneficio ya que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para la Administración”²¹⁷⁰. La Sala considera que la pretensión no puede ser atendida ya que el enriquecimiento sin causa exige que

“la ausencia de causa ó motivo que justifique el empobrecimiento del solicitante y el correlativo enriquecimiento de la Administración y ello no ocurre cuando existe un justo título , constituido por un contrato administrativo válido existente entre las partes como existió en el caso presente, siendo dentro del mismo donde han de examinarse las reclamaciones de las partes, a lo que debemos de añadir que es también reiterada la jurisprudencia que entiende que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa requiere la existencia de buena fe en el empobrecido que actúa y se empobrece ,como mínimo, siguiendo órdenes de quien en la Administración tenga apariencia de tener legitimación para contratar y obligar con sus actos a la Administración”.

Pues en este caso, “la recurrente, contratista habitual de la Administración, tenía que conocer que los contratos han de ser adjudicados por el órgano legalmente facultado para ello tras la tramitación del correspondiente expediente y que no podían introducirse modificaciones en el contrato que supusieran un incremento del gasto aprobado, por lo que sí aceptó modificaciones que pudieran resultarle económicamente más onerosas lo hizo a su cuenta y riesgo sin tener derecho de reclamación frente a la Administración”²¹⁷¹.

En nuestra tradición jurídica encontramos sentencias que aplican de manera estricta estas ideas. Por ejemplo, ante la nulidad de un contrato se podría entender que se carece de todo derecho a pedir indemnización “porque debe serles ésta conocida [la Ley] al presentar su proposición y si no la conocen, no por ello pueden eludir las consecuencias, porque la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento (Real Decreto-Sentencia de 10 de agosto de 1880, y Sentencia de 27 de febrero de 1909)”²¹⁷².

²¹⁷⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30/03/2015 (Ar. 148611; MP: Fátima Arana Azpitarte).

²¹⁷¹ Hay que señalar que la sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina STS, Sala Tercera, 28/01/2016 (ECLI:ES:TS:2016:166; MP: José Díaz Delgado): “...Sin embargo de lo que se trata es de determinar si la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente”.

²¹⁷² R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, cit., p. 160.

Sin llegar a defender la postura de la no indemnización en algunos casos, sí que habrá que considerar que determinadas circunstancias la propia actitud del contratista debilita el nexo causal y por tanto la responsabilidad debe ser compartida²¹⁷³.

Una manera de dar encaje adecuado a la falta de diligencia en el enriquecimiento injusto es a través de considerar aquélla como un elemento extraño que interviene y afecta al nexo causal entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro.

También la actitud de la Administración debe ser más rígida frente a los trabajos realizados fuera del contrato. Por ejemplo, no debe limitarse a llevar a cabo reconocimientos extrajudiciales de deuda sin antes depurar las responsabilidades oportunas. Si esa tarea no es llevada a cabo por el órgano contratante deberá realizarse por los órganos de control. Puede ocurrir que en ocasiones los trabajos no queden bajo cobertura contractual, pero no que ello se convierta en el *modus operandi* de la Administración.

Además, y con esto cerramos la sección dedicada al enriquecimiento, no hay que perder de vista que cuando se aplica esta figura la cuantía máxima debe corresponderse con el enriquecimiento de la parte, y no con el empobrecimiento. No se trata de una figura que pretenda resarcir integralmente los daños, sino impedir el enriquecimiento injusto.

11.2.3.2. Respecto a la conducta del contratista. En especial al mediar suspensión.

Particularmente interesante es el efecto que tiene la postura del contratista frente al acuerdo unilateral de modificación. Tal como está configurado el sistema, éste viene obligado a aceptar la modificación siempre que no sea sustancial, aunque se oponga²¹⁷⁴, y no podrá paralizar los trabajos si no se produjese aquélla²¹⁷⁵.

La importancia de la postura del contratista ya se puso de manifiesto en el siglo XIX. Así,

²¹⁷³ En sentido similar L. MARTÍN REBOLLO, “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, cit.

²¹⁷⁴ Un ejemplo de modificación impuesta y no aceptada por el contratista es Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 242/2012, de 18 de abril de 2012.

²¹⁷⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, 1561/2011, de 19 de enero de 2011.

se consideró que el contratista de obras públicas que sufre perjuicios y no los pone inmediatamente en conocimiento de la Administración para que rescinda el contrato o se adopten las medidas convenientes, no tiene derecho a reclamar indemnización (Sentencia de 30 de enero de 1861)²¹⁷⁶. O que no tiene derecho a reclamar perjuicios por las variaciones que la Administración haga si, al hacerlas, obró dentro de las condiciones prescritas en la contrata, pues en ese caso a sí propio debe imputarse el no haber calculado mejor antes de aceptarlas, para no exponerse a pérdidas (Sentencia de 2 de marzo de 1874)²¹⁷⁷.

Dado que el sistema de modificación gira hoy en torno al acto administrativo de modificación, podría pensarse que el contratista debe combatir las decisiones de modificaciones cuando no esté conforme en todos sus extremos. Sin embargo, hoy existen posturas contradictorias.

Por una parte, se dice que como regla general, “cabría considerar que el hecho de que el contratista suscribiera el nuevo contrato del proyecto modificado, asumiendo sin reserva ni objeción alguna la cláusula que ampliaba el plazo de ejecución y, por ende, la nueva fecha prevista para la finalización de las obras, le obligaba. De modo que no podría después ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras en relación con el citado modificado, que él aceptó”²¹⁷⁸. Y en el mismo sentido,

En atención a lo expuesto, la pretensión indemnizatoria fundada en la modificación del contrato carece del más mínimo fundamento jurídico, habida cuenta que el ejercicio del ius variandi por la Administración no comporta por sí solo la obligación de indemnizar que se presume por la actora, a salvo de que genere un desequilibrio financiero, que lógicamente debe ser restablecido; y en el caso que nos ocupa la modificación no ha producido una alteración en la economía del contrato por la que haya de compensarse económicamente al contratista: el

²¹⁷⁶ E. DELGADO MARTIN; F. DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos administrativos*, cit., p. 149.

²¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 150.

²¹⁷⁸ SAN 238/2015 de 2 de junio de 2015, que cita otras sentencias de 19 de julio de 2005 (ar. 9082), rec. 1921/2002, de 25 de septiembre de 2007 (ar. 7928), rec.374/2004, de 14 de julio de 2009 (ar. 7065), rec. 5276/2007, de 15 de febrero de 2012 (ar. 4004), rec. 1419/2009 , y de 7 de junio de 2012 (ar. 8249), rec.2050/2009 .La STS de 25 de septiembre de 2007, rec. 374/2004 , declaraba al respecto lo siguiente: "el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados aquella suspensión". También la STS 15 marzo 2013 (rec. 1053/2010)M y STS 30 septiembre de 2013 (rec. 1159/2011).

anterior acuerdo prevé las consecuencias económicas del Modificado nº 1, que fueron aceptadas expresamente por la U.T.E adjudicataria, sin formular objeción alguna a los precios consignados. Consentida la novación contractual y sus efectos económicos, no es de recibo que se solicite indemnización de daños y perjuicios en razón del uso de la potestad de modificación del contrato que la Ley atribuye al órgano de contratación. Conclusión que viene avalada jurisprudencialmente, por todas, STS de 12 de enero de 2004 (recurso de casación 6469/1998), que sigue la línea de la fechada el 16 de febrero de 2001 (recurso de casación 523/1995).²¹⁷⁹

En el mismo sentido, la STS 16 febrero 2001 (Ar. 1821): “al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria”. En sentido similar otras Sentencias posteriores²¹⁸⁰. De la misma forma cuando en otro asunto se afirma que “lejos de acudir el actor a la vía del art. 146 de la Ley de Contratos, al considerar desmedida la cuantía de obras que se vio en la obligación de ejecutar, lo cierto es que consintió en la liquidación definitiva del contrato y una adicional por ejecución de obra”²¹⁸¹. Y lo mismo cuando el contratista muestra su conformidad expresa ante el retraso del inicio de las obras, lo cual impide ser resarcido posteriormente por ese motivo²¹⁸². O cuando el contratista no se oponga a las actuaciones complementarias, se recepcione la obra y se apruebe la liquidación sin constar tampoco oposición alguna²¹⁸³. O, por ejemplo, cuando se subraya que no consta

²¹⁷⁹ STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15/06/2009 (Ar. 370340; MP: Díaz Pérez).

²¹⁸⁰ STS 1 diciembre 2010 (rec. 889/08) y STS 15 marzo 2013 (rec. 1053/2010)M y STS 30 septiembre de 2013 (rec. 1159/2011) STS 25 septiembre 2007.

²¹⁸¹ STSJ Castell-La Mancha, Contencioso-Administrativo, 09/06/2008 (Ar. 347041; MP: Borrego López).

²¹⁸² STSJ de Madrid, sec. 3ª, 27/12/2012 (EDJ.328008; MP: Fátima Arana Azpitarte), FJ 5º: “...” Discrepamos de la alegación del apelante de que al dar su conformidad y aceptar la demora se limitara únicamente a aceptar la decisión del órgano administrativo ya que la otra alternativa -iniciar la prestación- era inviable, pero sin renunciar en ningún caso a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por el retraso producido, por cuanto que, los términos de la conformidad son claros mostrando su conformidad expresa y aceptando la demora en el inicio de la prestación del servicio, y teniendo otras alternativas, tales como manifestar su discrepancia, solicitar la resolución del contrato ó manifestar en tal momento que ello implicaría la necesidad de que fuera resarcido porque se alteraba el equilibrio económico financiero de la concesión, sin embargo nada de esto hizo sino que mostró su conformidad expresa y aceptó la demora en el inicio de la prestación del servicio cuando el Ayuntamiento le interpelló sobre ello, debiendo de tenerse en cuenta que el comportamiento del contratista mostrando su conformidad con la demora también pudo condicionar la decisión de la Administración de continuar con el contrato tal como fue adjudicado, pudiendo haber sido distinta la decisión de la Administración si el contratista no hubiera mostrado su conformidad ó hubiera solicitado desde el primer momento un resarcimiento en la cuantía que se está hoy solicitando”.

²¹⁸³ STS, Sala Tercera, 07/06/2012 (Ar. 8249; MP: Juan José González Rivas): “En este punto, debe destacarse que la entidad recurrente dio su conformidad a las modificaciones contractuales, al no existir constancia alguna de que, en el pertinente trámite procedimental a la vista de la propuesta de la dirección facultativa, se opusiera expresamente a las modificaciones producidas. Y concurre incluso la circunstancia de que la modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista, que permitió restablecer el equilibrio

que se protestase ante los cambios introducidos, o que “no hay constancia de que la concesionaria, al finalizar la obra y cumpliendo con lo establecido en el Pliego ... realizará un reajuste o solicitara una modificación del plan económico financiero del contrato”²¹⁸⁴.

Un ejemplo bastante ilustrativo de estos puntos es el caso de una modificación de un contrato de obra de un Paseo Marítimo (contratista OHL)²¹⁸⁵. Ante la necesidad de acometer un parking las partes contratantes formalizan un acuerdo de proyecto modificado por un importe de 0 pesetas. Una vez finalizadas las obras se remitió propuesta de liquidación provisional de las obras en las que se refleja la disconformidad del contratista, que entiende que se produjo una dilatación del plazo de las obras que no le son imputables de las que se derivan una serie de costes. Por un lado el Tribunal acoge el razonamiento del juzgador de instancia cuando afirma que,

Si el contratista asumió sin reserva ni objeción dicha cláusula, que interpretada de acuerdo con los antecedentes expuestos, implica que el plazo de un mes debe entenderse a partir de la aprobación del modificado no puede ahora ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras, que él aceptó. Como también aceptó el resto de los modificados incorporados en el Proyecto por importe 0 pts.

En esta línea interesa traer a colación la STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7928) (rec. 374/2004) que contempla un supuesto similar al presente, en el que se solicitaba la indemnización de daños y perjuicios derivados de una paralización o suspensión de las obras que vino seguida de la aprobación de un proyecto modificado, al que la empresa prestó su conformidad al suscribir el contrato por el que se le adjudicó la ejecución de este proyecto modificado. Señala la citada sentencia que "el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485, 1948) , pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados aquella suspensión".

En este sentido y en cuanto a la vinculación del contratista con las modificaciones del proyecto primitivo, plasmadas en un segundo contrato que asumió con su firma, se refiere la STS de 19 de julio de 2005 (RJ 2005, 9082) (rec. 1921/2002).

Por ello, todas las partidas que la parte reclama derivadas de esa mayor duración del contrato, como son los costes indirectos, revisión de precios, gastos generales, gastos de vigilancia,

económico financiero del contrato, que establece el artículo 100.1 de la Ley 13/1995 como reconoció la sentencia recurrida”.

²¹⁸⁴ STS, Sala Tercera, 03/12/2012 (Ar.588; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

²¹⁸⁵ STS, Sala Tercera, 07/11/2011 (Ar.2012/1978; MP:José Díaz Delgado).

seguridad e higiene en el trabajo etc, deben ser desestimadas.

De todos estos efectos el TS concluye que “el contratista suscribió el contrato de obras del proyecto modificado, con todo lo que ello representa en orden a los efectos derivados de la sucesiva ejecución del contrato”. Se trata de una línea doctrinal defendida también en otras sentencias²¹⁸⁶. Por ejemplo, cuando se dice que,

SEPTIMO.- Ya en este punto, será de advertir que la situación económica de la empresa tiene su origen, en lo fundamental, en la insuficiencia de las tarifas -aparte el tema de exceso de personal derivado de la transformación técnica consistente en la sustitución de trolebuses por autobuses, que después se examinará. La parte apelante ha venido subrayando que las sucesivas revisiones de las tarifas no fueron recurridas por la concesionaria. Desde luego la vía normal para el supuesto de insuficiencia y retraso en la revisión de las tarifas es justamente la del recurso. Este, aun contando con la duración del proceso, permite obtener una elevación de aquéllas y además, dada la imposibilidad de su aplicación retroactiva, una indemnización al período durante el cual se ha vivido con una tarifa indebidamente baja -así, sentencia de 14 de febrero de 1986.

Sin embargo y en definitiva, es lo cierto que se ha producido la situación de desequilibrio financiero que el Reglamento de Servicios considera supuesto de hecho adecuado para provocar la adopción de medidas de restablecimiento. Sin necesidad de examinar la posibilidad de una impugnación indirecta de las tarifas, los principios de lealtad, buena fe e incluso -así lo señala la sentencia de 14 de marzo desidera supuesto de hecho adecuado para provocar la adopción de medidas de restablecimiento. Sin necesidad de examinar la posibilidad de una impugnación indirecta de las tarifas, los principios de lealtad, buena fe e incluso -así lo señala la sentencia de 14 de marzo de 1985de equidad que deben inspirar las relaciones de la Administración con su colaborador-concesionario, no permiten ignorar que el resultado final ha sido un desequilibrio. Piénsese que la ya dicha sentencia equipara los supuestos de "ius variandi" y "factum principios" al de error de cálculo.

Hay que concluir pues que el hecho de no haber impugnado las revisiones de las tarifas, no puede ser obstáculo para el restablecimiento del equilibrio financiero tendente a asegurar la continuidad del servicio²¹⁸⁷:

La lógica nos dice que si se estructura el sistema en torno al acto administrativo entonces se debe exigir que se impugne el acto administrativo de modificación. Admitir que el contratista tiene derecho a la compensación en aras de la continuidad del servicio público a pesar de no haber impugnado la revisión es potenciar un sistema incoherente y muy dañino en el largo plazo tanto para la Administración como para el sector privado.

La realidad es algo más compleja y hay fallos en sentido contradictorio, esto es, que el hecho de no haber impugnado los actos de restablecimiento o de modificación no impide que pueda

²¹⁸⁶ STS,Sala Tercera,15/02/2012 (Ar.4004; MP: Maurandi Guillén); STS,Sala Tercera,21/03/2012 (Ar.5081; MP:Maurandi Guillén); STS,Sala Tercera,16/04/2012 (Ar.5833; MP:Murillo de la Cueva).

²¹⁸⁷ STS, Sala Tercera, 20/12/1986 (EDJ 1986/8527 ; MP: Francisco Javier Delgado Barrio).

reclamarse después. Así se pronuncia la STS 20 diciembre de 1986: “el hecho de no haber impugnado las revisiones de las tarifas no puede ser obstáculo para el restablecimiento del equilibrio financiero tendente a asegurar la continuidad del servicio”.

En esta línea el Tribunal Supremo ha entendido que no puede partirse de la premisa “de que la aceptación de un modificado sin protesta equivale a la renuncia de los daños y perjuicios que la parte contratista hubiera sufrido, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1204 CC, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean del todo punto incompatibles.(...) Es decir, para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia a los derechos de resarcimiento de daños sufrido ha de darse la circunstancia de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación de los hechos razonable”²¹⁸⁸.

Estas dos líneas enfrentadas vienen ahora a ser matizadas por una tercera intermedia. La SAN 238/2015 de 2 de junio de 2015 parece identificar un **cambio de postura jurisprudencial**. Ahora en cambio, el Tribunal Supremo considera que esta cuestión sólo puede tener una “respuesta casuística” ya que debe tenerse en cuenta el contenido del documento de modificación²¹⁸⁹. Si este documento no dice nada, debe entenderse que entra el juego el principio de no indemnidad²¹⁹⁰. Asimismo, habrá que tener en cuenta algunas circunstancias que rodean la ejecución como a quién son imputables las paralizaciones o si hay hechos que ponen de manifiesto la voluntad al respecto de las partes, en concreto alguna que permita concluir que la contratista renuncia a su derecho a ser indemnizado o que lo establecido ya satisfacía ese derecho.

También es importante considerar el comportamiento de las partes ante situaciones similares. Así, no puede tener cabida la reclamación de cantidad ante liquidación del contrato en base a nuevos precios si éstos no se pactaron, mientras que en otras modificaciones del mismo contrato sí se actuó de ese modo:

Sin embargo, la circunstancia de que esos precios modificados se tramitasen y aprobasen en otras ocasiones, y que en este supuesto, en cambio, se plasmase en acta de 8 de marzo de 2.011

²¹⁸⁸ STS, Sala Tercera, 13/07/2015 (Ar.3924; MP:José Díaz Delgado).

²¹⁸⁹ STS, Sala Tercera, 01/10/2014 (EDJ.182651; MP:Nicolás Maurandi Guillén).

²¹⁹⁰ STS, Sala Tercera, 10/12/2014 (EDJ.225869; MP:Celsa Pico Lorenzo), FJ 3º: en esta sentencia sin embargo no se consideran acreditados los daños.

una decisión compartida de cómo llevar a cabo la ejecución del relleno de la piscina, sin reclamación de la contratista, pone sobre aviso de que medió pleno consentimiento acerca de llevarlo a cabo sin nuevos abonos, (o detrimentos de precio), por lo que ha de considerarse que la actual pretensión de que, sin ponderarse las reducciones que la ejecución podría experimentar en otras partidas o unidades como clave previsible de la oportunidad y razón de ser de tal aceptación, se reconozca a la actora la valoración pericial aislada de dicho trabajo de formación de escollera, deviene contraria al principio de los propios actos y de la buena fe que impera necesariamente en el cumplimiento de los contratos por más que se asiente en una abstracta invocación del enriquecimiento injusto de la Administración que, dentro de esas coordenadas, no se constata en medida alguna²¹⁹¹.

O, por ejemplo, el hecho de que el contratista no impugne las modificaciones, sino que se limite a aceptarlas con simples alegaciones o “reservándose” sus derechos, figura que ante los actos administrativos no tiene cabida²¹⁹².

Lo mismo en el caso de un contrato de obras de un colegio en el que el contratista reclama indemnización por los costes provocados por acelerar la ejecución tras la orden de la Administración para que la obra estuviese preparada para el nuevo curso escolar. Por un lado, no queda constancia de la orden verbal de acelerar los trabajos, pero además, en lo que ahora interesa, no se impugnó la liquidación, a pesar de ser posterior a la reclamación:

Por último, no puede obviarse el hecho puesto de manifiesto por el Abogado del Estado, que esgrime la doctrina de los actos propios, que la recurrente habría vulnerado con su actuación. En efecto, con posterioridad a la reclamación en la vía administrativa (que fue presentada el 30-7-1999) la recurrente aceptó la liquidación del contrato (noviembre de 1999) sin oponer reparo o reserva alguna en relación con la reclamación que tenía entablada, por lo que la posterior reclamación presentada el 1-2-2002 viene a contradecir el consentimiento prestado a la liquidación, infringiendo así el principio que veda ir contra los actos propios, de donde que sea este un motivo más que impide la estimación de la pretensión recogida en el suplico de la demanda.²¹⁹³

Un caso muy habitual en la práctica es el de la **indemnización por suspensión del contrato** derivada de la modificación. En el siguiente asunto se describe muy bien cual suele ser la situación:

La actora es la adjudicataria de la citada obra (antes NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.). Adjudicación que tuvo lugar por Resolución de 31 de Mayo de 2.000 por importe de 3.448.664'71 Euros y un plazo de ejecución de 24 meses. El 24 de Agosto de 2.000 se realizó la comprobación y replanteo y el 7 de Septiembre se firma el acto de autorización de inicio de la obra. Siendo necesario el refuerzo de la cimentación y no pudiendo continuar la obra, el 31 de Mayo de 2.001 se comunica a la Junta de Andalucía la situación de la obra y

²¹⁹¹ STSJ País Vasco, Contencioso-Administrativo, 25/06/2015 (Ar. 208936; MP: Murgoitio Estefanía).

²¹⁹² STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/05/2015 (Ar. 204518; MP: Rosario Vidal Mas).

²¹⁹³ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/09/2006 (Ar. 251441; MP: Francisco Díaz Fraile).

se solicita formalmente la suspensión de la misma. El 12 de Noviembre de 2.001 el Director General de Arquitectura y Vivienda acuerda la suspensión temporal parcial de las obras y el 4 de Diciembre siguiente se formaliza el Acta de Suspensión. Dichos problemas determinaron la solicitud por parte de los Directores Técnicos de la redacción de un proyecto modificado, que fue autorizada el 21 de Diciembre de 2.001.

Hasta el 30 de Abril de 2.003, no firman el contrato relativo al proyecto modificado con plazo de ejecución de 4 de meses. El 5 de Mayo de 2.003 se firma el acta de levantamiento de la suspensión temporal acordada el 12 de Noviembre de 2.001. El Acta de recepción de las obras se formalizó el 15 de Enero de 2.004.

Como las obras estuvieron suspendidas durante 1 años, 5 meses y 23 días, en mayo de 2.004, la actora presentó reclamación de 526.466'32 Euros desglosados en gastos indirectos de personal, maquinaria de oficina, medios auxiliares de custodia, mantenimiento, etc., gastos de las garantías definitivas, gastos generales, de seguro y gastos financieros, que fueron desestimados por silencio.²¹⁹⁴

En general, cuando la modificación conlleva suspensión de la ejecución, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los costes directos e indirectos que soporte. Es importante subrayar que la simple suspensión no da derecho a indemnización, sino que deberán justificarse suficientemente los daños provocados.

Incluso aunque no se declare la suspensión, pero ésta se produzca de hecho y sea imputable a la Administración, el contratista tendrá derecho a ser indemnizado²¹⁹⁵.

Existen al respecto fallos contradictorios, desde los que aceptan que se pueda solicitar indemnización aunque se acepte el modificado²¹⁹⁶ a los que niegan la pretensión de indemnización cuando el periodo de suspensión culmina con la modificación acordada por ambas partes. Así, la STS de 7 de noviembre de 2011 señala que no cabe indemnización que establece la ley en caso de suspensión pues,

...si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestaron su conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar, como declara la sentencia aquí cuestionada, una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de la mencionada suspensión de aquellas obras²¹⁹⁷.

Y lo mismo en la SAN de 7 de julio de 2014 cuando afirma que se aceptó la suspensión parcial sin oponer tacha alguna, prestó su consentimiento al levantamiento de la suspensión,

²¹⁹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla), Contencioso-Administrativo, 15/11/2007 (Ar.304692; MP: Alejandro Durán).

²¹⁹⁵ STS, Sala Tercera, 17/11/2011 (Ar.2274; MP: Juan José González Rivas).

²¹⁹⁶ STS 2414/2014 de 31 de marzo de 2013, Id. Cendoj: : 28079130072014100182.

²¹⁹⁷ STS, Sala Tercera, 07/11/2011 (Ar.2012/1978; MP: José Díaz Delgado).

aceptó el modificado, suscribió el oportuno contrato, aceptó el plazo para la terminación de las obras. Todo ello sin reserva u objeción alguna. Y la Sala, repitiendo jurisprudencia anterior señala que ““el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , pues si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de aquella suspensión”²¹⁹⁸.

En Voto particular en la STS 7 junio 2012 (Ar. 8249), José DIAZ DELGADO y Vicente CONDE MARTIN DE HIJAS consideran que sí debe abonarse la indemnización por daños ante la suspensión. Discrepa de la sentencia cuando dice que si el modificado no supera el 20% no se tiene derecho a indemnización; el voto particular dice que una cosa es el 20% para poder resolver y otra es el derecho o no a ser indemnizado. También se discute que el hecho de aceptar la modificación sin protesta implique renunciar a cualquier indemnización: para ello debe constar así inequívocamente.

En otro asunto, el hecho de que el contratista presente factura detallada de los trabajos supone que acepta éstos y le cierra el camino a posibles reclamaciones posteriores:

Frente a esa inequívoco comportamiento de la demandante, que en definitiva significaba, siquiera en ese momento de entrega de la factura, que estaba aceptando el importe referido como liquidación de los trabajos realizados hasta ese momento, no pueden servir para enervarlo las reclamaciones presentadas con anterioridad, como son los escritos de 20 de diciembre de 2005 - reiterada el 23 de mayo y 6 de septiembre y 12 de octubre de 2006-; como tampoco la alegación de que no estuvo en su momento de acuerdo con el importe de la factura pero que no obstante la emitió por el compromiso de que iban a ser satisfechas inmediatamente. Y es que con la presentación de la factura, con el contenido que ha quedado indicado, la referida contratista, en definitiva, asumió la forma de proceder de la Administración demandada para determinar el importe de la deuda pendiente, quien, interesa también señalarlo, debió seguir un procedimiento específico para el reconocimiento de obligaciones como consecuencia de que se habían ejecutado unos trabajos al margen de los procedimientos que establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que es difícil imaginar que aquella desconociera.

Debe así jugar el principio de los actos propios, con el que ciertamente no se compadece la reclamación posterior que presentó la mercantil demandante, ya que con la misma, a la postre,

²¹⁹⁸ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 07/07/2014 (Ar. 192860; MP: Gómez García); lo mismo en STS 25 de septiembre 2007 (Rec. 374/2004, aplicada por la Sala en la SAN 10 marzo 2011, Rec 437/2010).

se pretende que se le satisfaga un importe superior al que en principio aceptó por la vía de los hechos cuando expidió la factura referida y se le efectuó el abono del importe que había sido ya determinado. Y de este modo se desvanece el argumento recogido en la sentencia de instancia consistente en que la conformidad con aquellos actos supone " aceptar por el hecho de "ir cobrando", y prueba del descontento es que presentó su reclamación a continuación”²¹⁹⁹

En otro ejemplo, se adjudica contrato de obras de mejora de trazado de un tramo de carretera a la empresa **TABLEROS Y PUENTES, SA**, si bien tras meses de paralización de la obra; se solicita cesión (autorizada) a **CONSTRUCCIONES MARIANO LÓPEZ NAVARRO, S.A.U** (28 de abril de 2009). Esta empresa presenta propuesta de modificación de fecha 23 julio 2009. Dicha propuesta se aprueba y comienza la tramitación de la modificación. Esta tramitación provoca dos prórrogas, y también que el 17 mayo 2010 se solicite suspensión parcial del contrato, firmándose acta de suspensión sin oponer objeción alguna. El 18 noviembre de 2010 se aprueba proyecto de modificación por 1,14 millones de euros, y se amplía el plazo de ejecución. Además, se levanta la suspensión sin objeción alguna. El 28 maro 2011 se aprueba nueva prórroga por las inclemencias meteorológicas. El 16 noviembre 2011 se recepcionan las obras y el 26 de abril de 2012 se aprueba la certificación final de la obra, con un saldo líquido de casi dos millones. El contratista presenta su conformidad.

Sin embargo, se presenta reclamación fecha 31 de mayo de 2012 ante la DG de Carreteras del Ministerio de Fomento solicitando el reconocimiento y abono de los daños y perjuicios ocasionados por las obras de mejora de trazado de un tramo de carretera. Estos daños se deben a:

-642.117,15 €, en concepto de perjuicios derivados de la suspensión temporal parcial de la obra, derivada de la tramitación del proyecto modificado de obras nº 1.

-1.250.569 €, en concepto de perjuicios derivados de la realización de los trabajos de excavación en la explanación por la presencia de roca.

-58.126,87 €, en concepto de costes derivados del transporte a vertedero legalizado y autorizado del material procedente de la obra.

-33.383,72 €, en concepto de costes derivados del canon de vertedero del material procedente de la obra

-269.002, 31 €, en concepto de costes derivados de la puesta en marcha de la obra después de la cesión.

²¹⁹⁹ STSJ Castilla y León (Valladolid), Cont.-Administrativo, 21/11/2013 (Ar.15819;MP:de Castro García).

-211.929,13 €, en concepto de costes derivados del incremento de la señalización de obra por necesidades de seguridad vial después de la cesión.

Ante la desestimación por silencio, se interpone recurso contencioso-administrativo. La cuestión más importante a resolver es si la suspensión temporal parcial en el desarrollo de las obras y las incidencias surgidas a lo largo de la ejecución del contrato, con los consiguientes perjuicios para la contratista, han ocasionado un desequilibrio económico que deba ser indemnizado por la Administración contratante.

La Sala considera que “Dadas las concretas circunstancias concurrentes, entiende la Sala que no puede acogerse la pretensión examinada. Pues, como ya hemos dicho, la recurrente aceptó plenamente el Modificado 1, con un adicional sustancial sobre el presupuesto de adjudicación, y los nuevos precios, así como la fecha de terminación de las obras -coincidente con la prórroga solicitada por ella-, y firmó, sin que conste disconformidad, la certificación final. Tampoco formuló objeción alguna en el acta de recepción”²²⁰⁰.

En ocasiones la jurisprudencia se apoya en la doctrina de los actos propios. Así, por ejemplo, en SAN de 20 de enero de 2014 cuando afirma que

Por tanto, la reclamación deducida por la actora contraviene la doctrina de los actos propios, la cual opera en una doble dirección, respecto de la Administración contratante y también respecto de la contratista, que actuó libérrimamente en los diferentes hitos procedimentales arriba consignados. En un supuesto con analogías con el presente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2011 (Rec 796/2008), expresaba:

"OCTAVO.- En todo caso, la entidad contratista era perfectamente consciente de lo que firmaba sin que pueda sustituir una actuación encaminada a cambiar un acto propio, que en este caso no resulta estimable, pese a su formulación en el motivo quinto del recurso, alegando razones de legalidad que debió oponer al suscribir el contrato y que ahora se suscita como cuestión nueva.

En efecto, no es estimable el motivo en la medida en que la invocación de la doctrina de los actos propios y de la buena fe en el ejercicio de los derechos, preconizada en el artículo 7.1 del Título Preliminar del Código Civil EDL 1889/1 no resulta quebrantada en la cuestión examinada, al decretar la imposibilidad de realizar actuaciones contra actos propios, invocada en el señalado motivo quinto, en cuanto significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar medidas de comportamiento contradictorio que encuentren su fundamento último en la protección que requiere la confianza que se debe haber depositado en el cumplimiento del comportamiento ajeno y en la regla de buena fe que impone un deber de coherencia en dicho comportamiento, limitando el ejercicio de los derechos objetivos, puesto que la invocada doctrina del Tribunal Constitucional, con precedentes en las sentencias constitucionales 73/88 y 67/84, no ha sido

²²⁰⁰ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11/05/2015 (Ar.148044; MP:Ana Isabel Gómez García).

vulnerada en la cuestión examinada.(...)”.²²⁰¹

Y en línea con la doctrina de los actos propios, aquella línea que valora las oportunidades que tuvo el contratista para reclamar y no lo hizo. Por ejemplo, la SAN de 28 de abril de 2015 (ar. 192625) remarca las ocasiones que el contratista pudo haber reclamado un exceso de obra. Primero, en el acto de comprobación del replanteo cuando existan unidades de obra de necesaria ejecución para la construcción, no definidas en el proyecto o deficientemente definidas. Durante la ejecución se puede hacer uso del art. 97 RGLCAP para la solución de discrepancias. También cuando se lleva a cabo la medición y valoración de la obra ejecutada en un periodo de tiempo. Dicha relación valorada se envía para que el contratista muestre conformidad o reparos, pudiendo formular las alegaciones oportunas. Esta relación será la base para la certificación y su pago²²⁰². Más adelante, en la fase de liquidación del contrato, una vez finalizados los trabajos, se realiza una medición general y se elabora una relación valorada. Frente a dicho acta se pueden presentar las alegaciones pertinentes. Entonces se elabora la certificación final que será abonada a cuenta de la liquidación del contrato. Finalmente, la liquidación del contrato en sentido estricto que se lleva al concluir el periodo de garantía, abonando al contratista las obligaciones pendientes. Pues bien, la Sala entiende que,

En fin, bastaría considerar la aceptación de la oferta del contratista por la Administración mediante la adjudicación del proyecto de obras para concluir que vincula a ambas partes e impide que aquel pueda sustentar la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico en pretendidas indefiniciones o errores del proyecto, a fin de obtener un precio superior al previsto en su adjudicación, pues acceder a tal pretensión supondría la subversión del procedimiento administrativo de contratación, cuyas exigencias se encuentran al servicio de la libre competencia, al conllevar un tratamiento injustificadamente privilegiado en favor de quien actuó con negligencia en la presentación de la oferta frente a quienes obraron diligentemente en el procedimiento de licitación.

Si a la anterior consideración le unimos la actitud mostrada por el contratista a lo largo de la ejecución del contrato de obras y la aceptación del modificado número 1 del proyecto de obras, aprobado una vez que ya habían terminado los trabajos de cuyo precio ahora discrepa, resulta patente la plena vigencia del principio de riesgo y ventura del contratista²²⁰³.

²²⁰¹ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/01/2014 (EDJ.3689; MP: Ana Isabel Gómez García).

²²⁰² En ese sentido habrá que tener en cuenta que también se ha dicho que no ir contra las certificaciones no impide después reclamar que existía un fallo en ellas, ya que por su propia naturaleza son sólo abonos a cuenta. STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 30/06/2015 (Ar. 199086; MP: Estévez Pendás): en este caso se había pactado una retención para seguridad y control del 1%, pero las certificaciones se realizaron al 2,2%. Se reclamó al acabar la ejecución.

²²⁰³ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28/04/2015 (Ar. 192625; MP: Quintana Carretero).

11.2.3.3. *Respecto al plazo para reclamar*

Otro de los aspectos clave a la hora de tratar de poner freno al problema es el de fijar un plazo para poder reclamar por cualquier concepto que surja en un contrato o su modificación. En la práctica suele ocurrir que las reclamaciones se interponen una vez concluidos los trabajos. Entonces el presupuesto del proyecto se puede alterar sin que la Administración tenga capacidad de reacción alguna. Así, si esas reclamaciones se produjesen durante la ejecución, la Administración podría poner en marcha los mecanismos de modificación. En muchos casos incluso se vería abocada a resolver el contrato al no ser posible modificar el contrato.

Un ejemplo típico es el de un contrato de obra cuya ejecución termina el 30 de abril de 2002, se reciben en octubre, se aprueba la liquidación económica en diciembre. Sin embargo, en junio de 2003, el contratista presenta reclamación por daños y perjuicios, en este caso por el aumento del precio del petróleo²²⁰⁴.

Otro ejemplo de esta mala práctica es la reclamación en los casos de fuerza mayor. Para esa situación existe un procedimiento concreto fijado en el artículo 146 RGLCAP, el cual exige la presentación al director de la obra de la oportuna comunicación en un plazo de veinte días desde la fecha final del acontecimiento. Así pues, si de estas reclamaciones se deduce alguna en base a causas de fuerza mayor deberá comprobarse si la reclamación es extemporánea o no. Ocurre que en no pocas ocasiones el contratista reclama en plazo esa indemnización y ante la omisión de respuesta por parte de la Administración, el contratista sigue los trabajos. Sólo posteriormente – incluso una vez liquidado el contrato-, vuelve a reclamar dicha cuantía²²⁰⁵. Como señala el Consejo de Estado en su Memoria de 2002, “...que en el desarrollo de las relaciones entre la Administración y el contratista, por reserva de una y otro, que no ha de enjuiciarse ahora, o por tácita coincidencia de voluntades o de expectativas, se posterga la tramitación y resolución del expediente –aunque en ocasiones no haya acontecido otra cosa que la pérdida de algún documento o el error en alguna

²²⁰⁴ Dictamen del Consejo de Estado, 635/2005, de 5 de mayo de 2005 (en este caso se desestima ya que no se desbarata gravemente la economía del contrato).

²²⁰⁵ Dice el Consejo de Estado en su Memoria de 2002: “La sorpresa se troca en perplejidad –y hasta con tintes de sospecha- cuando el expediente se tramita tan tardíamente que, al menos al remitirse al Consejo de Estado, han pasado largos años, no sólo desde que se instó la petición indemnizatoria, sino incluso desde que se terminó la ejecución de las obras, desde que fueron éstas recibidas y hasta desde que quedó abonado el saldo previas las operaciones pertinentes para la práctica y aprobación de la liquidación del contrato”.

actuación-, con vistas a mantener vivas unas posibilidades que, a modo de válvula final, ofrezcan cauce y cobertura para resolver flecos y llegar a las soluciones finales (incluso convenidas o equitativas), de modo que se puedan superar eventuales irregularidades formales”.

Pensemos por ejemplo en una reclamación por daños sufridos que se presenta en plazo, pero sólo se tramita años después de producirse la solicitud, de ejecutarse el contrato o de su liquidación (algo que al Consejo de Estado español le causa auténtica perplejidad por la frecuencia con la que sucede²²⁰⁶). El contratista presenta la reclamación y la Administración no contesta, “de modo que no interfiera o perjudique otras expectativas o pretensiones de superior interés o de éxito más previsible en el normal desenvolvimiento de la relación contractual”²²⁰⁷. Así, no es raro que se formalicen reclamaciones una vez liquidado el contrato en cuestión²²⁰⁸.

Por ejemplo, en STS de 23 de abril de 2012 se rechaza la extemporaneidad en un caso en que se presenta la reclamación en abril 2005 y la liquidación se había realizado en diciembre 2003 apoyándose en varios argumentos. Primero, que en diciembre de 2005 la Administración acordó el abono de un exceso que en su día debió dar lugar a un proyecto modificado, pero que no se llevó a cabo como tal. Ese abono supone reconocer efectos al contrato y por ello, no admitir la reclamación iría contra los propios actos de la Administración. Segundo, que junto con ese abono, también supone un argumento a favor de la admisibilidad el hecho de que todavía se esté en plazo de garantía de la obras. Tercero, que hizo constar su disconformidad en lo relativo a la revisión de precios al firmar la liquidación. Y cuarto, que el abono de la propia liquidación había sido en 2004²²⁰⁹. Es importante que la Sentencia señale que el pago tardío de la Administración “pone de manifiesto que no habían extinguido los efectos del contrato en el momento en que OHL pidió la compensación”²²¹⁰.

El Tribunal Supremo se muestra más rígido en su Sentencia de 20 de julio de 2005 (Ar.

²²⁰⁶ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 124.

²²⁰⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 124.

²²⁰⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 197.

²²⁰⁹ STS, 23/04/2012 (Ar.6066; MP:Murillo de la Cueva) acoge lo dicho por la Sala de instancia.

²²¹⁰ STS, 23/04/2012 (Ar.6066; MP:Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

8635) en la que afirmó que las pretensiones de naturaleza contractual han de quedar extinguidas a partir de la liquidación del contrato y la aceptación del pago, sin reserva alguna, por la contratista”. Y es que en ocasiones se tiene en cuenta el amplio lapso de tiempo entre la fecha de entrada en servicio de las obras y la fecha de las reclamaciones, lo que, se dice, “abona la presunción de que la concesionaria finalizó y entregó las obras en la creencia de que por las realizadas no le correspondía ningún derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión”²²¹¹.

En palabras del Consejo de Estado, “a través de un expediente de responsabilidad patrimonial se pueda cambiar el presupuesto líquido con arreglo al cual se adjudicó el proyecto adicional o de obras complementarias”²²¹². Ello a la postre también conlleva una distorsión del mecanismo de adjudicación²²¹³. Por ello determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que si lo que se pretende es reclamar perjuicios sufridos por suspensiones durante la vigencia del contrato, debe impugnarse en la liquidación final²²¹⁴. En esta misma línea la STS 16/02/01: “(...) al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria”²²¹⁵.

También el caso de una reclamación de desequilibrio económico por errores geotécnicos del proyecto de obra relativos a la excavación de los terrenos realizada tres años después de recibir las obras, y dos años después de aprobarse la certificación final²²¹⁶.

En definitiva, tal y como vimos al estudiar la modificación desde el punto de vista de la gestión de proyectos, la modificación puede ser fuente de problemas en las relaciones contractuales en la medida en que pone a prueba el espíritu de colaboración de las partes

²²¹¹ STS, Sala Tercera, 03/12/2012 (Ar.588; MP:Nicolás Maurandi Guillén): en este caso de un año y medio.

²²¹² Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 136.

²²¹³ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 210.

²²¹⁴ STS 22 de mayo de 2012 (Rec 1638/2011).

²²¹⁵ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/01/2014 (EDJ.3689; MP:Gómez García).

²²¹⁶ STS, Sala Tercera, 27/10/2014 (Ar. 5638; MP: Murillo de la Cueva); lo mismo en una reclamación dos años después de recibir las obras en STS, Sala Tercera, 18/06/2012 (Ar.8876; MP:Díaz Delgado).

contratantes. Por ello ambas tratan de evitarlas. Sin embargo, eso que es válido en la contratación privada no lo es en la pública, donde los plazos para reclamar son más ajustados y en la que, pasados éstos debe entenderse que se aceptan las consecuencias derivadas de la modificación.

11.2.4. El papel que puede jugar el Derecho de la competencia y las ayudas de Estado

A lo largo del trabajo ha quedado demostrado que el abuso de la modificación del contrato no puede superarse sólo con nuevas normas centradas en la propia modificación. Estamos ante un problema integral y como tal debe afrontarse. Una herramienta que no debemos descartar es el Derecho de la competencia y las ayudas de Estado. Cada vez más estas ramas del Derecho juegan un papel importante en la contratación²²¹⁷.

Si el derecho de contratos se aplica a las relaciones entre Administración y particular, el Derecho de la competencia es normativa que sirve para regular ciertos aspectos de la relación entre operadores. Verticalidad frente a horizontalidad. Ello no es óbice para que en materia de contratación se puedan tener en cuenta algunos aspectos que provienen del Derecho de la competencia, es decir, del conjunto de normas que rigen para proteger la efectiva y real competencia entre operadores en un mercado determinado.

Son dos los elementos que pueden jugar un papel interesante. Por un lado, el impacto de las normas de competencia sobre las ofertas temerarias. Por otro, la consideración de determinadas modificaciones contractuales como ayudas de Estado.

En el primero de los casos habrá que partir del art. 102 TFUE, que establece que “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. Y entre dichas prácticas abusivas expresamente incluye:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas

²²¹⁷ Sobre el Derecho de la competencia y la contratación ver A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.

Así pues, cabe preguntarnos si las bajas temerarias podrían llegar a ser consideradas como una infracción del artículo 102 TFUE, y en particular como un caso de precios predatorios. Estas prácticas sólo estarán prohibidas cuando supongan el ejercicio abusivo de posición dominante. Para ello en cada caso habrá que: i) identificar el mercado; ii) demostrar que existe posición dominante²²¹⁸; iii) demostrar que existe un abuso, por ejemplo al establecer con dichos precios barreras de entrada a otros competidores.

Lo primero es conocer qué considera el TJUE como precios predatorios. En su Sentencia del caso AKZO, estableció que

70. De ello se deduce que el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia por los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima.

71. Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida.

72. Por otra parte, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace²²¹⁹.

Aunque no sea requisito indispensable, uno de los factores para conocer si la empresa ha utilizado una estrategia de precios predatorios será la de comprobar si luego recuperó el descuento ofrecido a través de otra vía (los modificados, quizá). Así, la recuperación de las pérdidas sufridas es un elemento importante para estos casos²²²⁰.

²²¹⁸ Recordemos que es la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 38).

²²¹⁹ S.Tribunal de Justicia, asunto C-62/86, AKZO c. Comisión, de 3 de julio de 1991, ECLI:EU:C:1991:286.

²²²⁰ Ver el asunto Tetra Pak II (Sentencia del Tribunal de Justicia C-333/94, 14 de noviembre de 1996; o el asunto France Telecom (Sentencia del Tribunal de Justicia, C-202/07P, France Telecom c. Comisión, de 2 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:214).

Hasta ahora nos hemos referido al abuso de la posición dominante. Es momento, pues, de estudiar la segunda posible interacción del Derecho de la competencia y la modificación del contrato: las ayudas de Estado. El marco jurídico en este caso es el establecido por el art. 107 TFUE, en el cual se prohíbe cualquiera ayuda, bajo cualquier forma, cuando “falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. Y el artículo incluye un listado de ayudas que son compatibles o que podrían llegar a serlo según las circunstancias²²²¹.

La jurisprudencia ha ido perfilando los cuatro requisitos que tiene que tener una medida para ser definida como ayuda de Estado: i) sea otorgada con cargo a fondos públicos; ii) genere ventaja competitiva que no se hubiera obtenido en el ejercicio normal de su actividad; iii) tenga carácter selectivo para determinada empresa o sector; iv) pueda afectar a los intercambios entre Estados Miembros.

En el asunto *BAI c. Comisión* ya se puso de manifiesto que “una medida estatal en favor de una empresa que reviste la forma de un acuerdo de compra de vales de viaje no puede, por el simple hecho de que las partes se comprometan a realizar prestaciones recíprocas, ser excluida a priori del concepto de ayuda de Estado contemplado en el artículo 92 del Tratado”²²²². Por tanto, *a priori* no debemos descartar que exista ayuda de Estado aunque haya contraprestación. En ese caso la Comisión entendió que no se trataba de una transacción comercial normal puesto que “contemplaba la adquisición de un número predeterminado de vales de viaje durante un período de tres años, el precio acordado era superior a la tarifa comercial, los vales de viaje debían pagarse incluso en el supuesto de viajes no realizados o desviados hacia otros puertos, el acuerdo contenía el compromiso de absorber todas las pérdidas durante los primeros tres años de operación del nuevo servicio y, en consecuencia, se eliminaba para Ferries Golfo de Vizcaya el componente de riesgo comercial”.

Además, en el mismo asunto, se afirma que “según reiterada jurisprudencia, el apartado 1 del artículo 92 no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales,

²²²¹ Al respecto hay que considerar también el Reglamento (UE) n.º 734/2013 del Consejo, de 22 de julio de 2013, que modifica el Reglamento (CE) n.º 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE; y Reglamento n.º 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis.

²²²² STPI asunto T-14/96 *BAI c. Comisión* [1999] ECLI:EU:T:1999:12.

sino que las define en función de sus efectos”.

En el asunto *Olsen c. Comisión*, la clave del caso fue si lo entregado a la compañía estaba o no incluido en las bases del contrato²²²³. Como el Tribunal entiende que parte de las cuantías entregadas lo fueron por conceptos cubiertos por el contrato, desestima el recurso de Olsen frente a las subvenciones de España a Transmediterránea. Ello hace suponer que en el caso de que las entregas no estén cubiertas por el contrato podríamos encontrarnos ante una ayuda de Estado.

Asimismo, habrá que tener en cuenta que este tipo de desequilibrio puede suponer la existencia de ayudas de Estado. Así ocurrió en el asunto *London Underground*. A finales de 2002 la Comisión emitió su decisión sobre posibles ayudas de Estado abierta a Reino Unido por el proyecto de colaboración público privada para la ampliación del Metro de Londres (*London Underground Public Private Partnership*)²²²⁴. Para analizarlo estudia si el proceimiento ha sido transparente, si ha existido una alteración del equilibrio y si los cambios han sido proporcionales.

La Comisión considera que no hay ayuda de Estado porque la posibilidad de los cambios estaba anunciada en los pliegos. Así pues, *sensu contrario*, de no haber estado fijada en los pliegos, la puerta para abrir el procedimiento de infracción quedaría abierta. Asimismo, la Comisión, además, tiene en cuenta que las circunstancias que provocan los cambios hubiesen afectado a cualquier contratista que hubiese obtenido el contrato. También comprueba que el precio unitario no haya variado, alterándose el equilibrio contractual. En todo caso, la existencia de modificaciones no vicia la presunción de que el precio final es un precio de mercado.

Antes de concluir la sección deben recordarse dos cuestiones. Una, que el Derecho de la competencia es esencialmente objetivo. Un ejemplo reciente, aunque aplicado en el seno del art. 106 TFUE (empresas públicas o con derechos exclusivos), podría servirnos para comprobar que el Derecho de la competencia es esencialmente objetivo, importando poco la intención de las partes intervinientes. Importa la distorsión o no del mercado. Así, en el asunto C-553/12 P *Comisión c. DEI* el TJUE señala:

“...si la desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, y por lo tanto la competencia falseada, es el resultado de una medida estatal, dicha medida, al margen de que se trate de una medida legislativa, reglamentaria o administrativa, constituye una infracción

²²²³ STPI, asunto T-17/02, *Olsen c. Comisión* [2005] ECLI:EU:T:2005:218.

²²²⁴ EU COMMISSION, State Aid No 264/2002 – United Kingdom, C(2002)3578fin, Brussels, 2.10.2002

del artículo 86 CE, apartado 1, interpretado en relación con el artículo 82 CE”.²²²⁵

En segundo lugar, estos preceptos sobre competencia se ven reforzados en la contratación pública a través de la posibilidad de exclusión de un candidato que hubiese cometido falta relacionada con la competencia. En la actualidad ello se encuentra recogido en el art. 60.1.b) TRLCSP cuando señala que no podrán contratar quienes hayan sido sancionados con carácter firme por falseamiento de la competencia.

Ahora, con la normativa vigente, el resto de candidatos podría actuar en base al art. 32 TRLCSP, que sanciona con la nulidad:

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.²²²⁶

²²²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-553/12P, *Comisión c. DEI* de 17 de julio de 2014, ECLI:EU:C:2014:2083

²²²⁶ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 133 al respecto considera que queda “definitivamente erradicado el criterio de la experiencia previa como contratista de la Administración para la adjudicación preferente del contrato”.

CONCLUSIONES

Una vez expuesto el trabajo de investigación llevado a cabo, es momento de remarcar las conclusiones a las que se ha llegado y reflexionar en torno a ellas.

PRIMERO. Aspectos metodológicos: el objeto de la Tesis y la falta de transparencia dificulta el estudio. Antes de entrar de lleno en las conclusiones sobre el contenido sustantivo es necesario hacer referencia a dos aspectos de carácter metodológico.

En primer lugar, hay que señalar que la presente Tesis no se centra en criticar la modificación como mecanismo jurídico, sino la utilización que se le viene dando. Es decir, la modificación no es *per se* un problema, sino su abuso. En España, por ejemplo, todas las fuentes estudiadas (institucionales, jurisprudenciales y doctrinales) coinciden en afirmar que existe una “cultura del reformado”. Por una serie de razones las partes contratantes han sido conscientes de la posibilidad de modificar el contrato y han ido moldeando un sistema de contratación a medida de dicha posibilidad, v.g la práctica de la baja temeraria.

En segundo lugar, conocer con exactitud la situación real del problema es muy complicado, por no decir imposible. Si en materia de publicidad en la adjudicación se ha avanzado mucho en los últimos veinte años, no se puede decir lo mismo de la ejecución y particularmente la modificación del contrato. Las resoluciones del Consejo de Estado, de la Junta Consultiva, del Tribunal de Cuentas, de los Tribunales de recursos contractuales y de los Tribunales ordinarios permiten dar por sentado que estamos ante un fenómeno extendido, pero a la vez se tiene la sensación de estar sólo ante la punta de un iceberg que alcanza lo más profundo de la contratación pública. Con la nueva legislación sobre transparencia debería comenzar a cambiar la situación, pero habrá que esperar todavía un tiempo para comprobar que eso se cumple.

SEGUNDO. La modificación objetiva de los contratos públicos debe ser regulada. La primera conclusión a la que llega el estudio es que la modificación de los contratos es una cuestión que debe ser regulada. A esa conclusión se ha llegado al analizar el impacto que tiene la modificación en los distintos niveles de la acción administrativa. Además, ocurre que hasta no hace mucho esta regulación giraba en torno a la protección del contratista y sin embargo, ahora se considera que la regulación debe ser sensible a otros

intereses. Ello es lo que nos ha empujado a afirmar que son varias las razones para apoyar la regulación de la modificación. En el texto de la Tesis llevamos a cabo un análisis detallado de cada una de las razones, siendo cuatro los principales bienes jurídicos que la regulación debe proteger: los fondos públicos (razón económica o presupuestaria), el sistema de contratación (razón de sistema), la relación contractual (razón contractual o inter partes) y la relación de la Administración con los ciudadanos y la imagen que tienen éstos de aquélla (razón socio-política).

En España, por ejemplo, todos ellos han estado siempre presentes en las normas de contratación, si bien en la práctica unos se han impuesto a otros. Al comienzo fue la relación contractual la que merecía mayor protección, y con ese fin se reguló la modificación, pero ahora es el sistema de contratación, y en particular el principio licitatorio, el centro de gravedad de la norma. No obstante, cada vez más, los estudios sobre corrupción apuntan a que detrás de los modificados podría esconderse la corrupción y por ello, la razón socio-política debe ser otro de los factores a tener en cuenta ya que a medio y largo plazo supone una erosión de la legitimidad de los gobernantes.

TERCERO. La complejidad del problema supone que hay que rechazar las soluciones simplistas. Otro de los factores que nos empujan a estudiar a fondo la materia es que no existen soluciones sencillas ni simplistas. Las dos soluciones extremas sería bien prohibir toda modificación o bien aceptarla sin límites cuando así lo quieran las partes. Lo primero es una afirmación que desconoce la práctica contractual, ya sea entre particulares como con entes públicos. Y es que la modificación del contrato, público o privado, es un mecanismo que no debe ser eliminado. Es un arma poderosa al servicio de las partes contratantes en la medida en que les sirve para corregir ineficiencias. Tanto del estudio sobre las implicaciones de la modificación, como de la revisión bibliográfica de la modificación estudiada por los economistas, hemos aprendido que la modificación es necesaria. Desapoderar a las partes en este sentido no es muy sensato. Por tanto, la regulación de la modificación tiene un claro límite: el no eliminar por completo la capacidad de modificación del contrato que tienen las partes contratantes.

Además, no se puede eliminar toda la teoría elaborada durante años sobre la mutabilidad del contrato y la inmutabilidad del fin. Dicha teoría sigue siendo válida. Simplemente debe matizarse al introducir en el concepto “fin” otros intereses que hasta ahora a duras penas se

consideraban. Eliminar la posibilidad de modificar el contrato supone ignorar toda esa tradición.

La segunda solución extrema supone permitir toda modificación. Si se llega a la conclusión que la modificación de los contratos no es una cuestión problemática, o que siéndolo no debe ser regulada, entonces no tendría sentido profundizar en la cuestión, siendo suficiente con aplicar las normas de Derecho contractual privado. Podría, incluso, entenderse que siendo un problema que debe ser regulado, toda regulación es inútil y supone sólo un conjunto de trabas que limita la autonomía contractual (desde un punto de vista dogmático), y resulta en un sistema de contratación ineficaz (punto de vista pragmático). No es esta la premisa de la que parte el trabajo. Ello, que sería aceptable en la contratación privada, no lo es en la contratación pública al ser ésta el instrumento sobre el cual se apoyan muchos intereses públicos.

CUARTO. La modificación del contrato es un problema multidisciplinar donde el Derecho tiene un papel central. A la hora de abordar la revisión bibliográfica de la Tesis, salta a la vista la cantidad de estudios que existen al respecto en otras disciplinas. El tema de la renegociación de los contratos es, en el área de la Economía, un tema que se estudia bajo el prisma de teorías tan importantes como la teoría de la Agencia o los incentivos. En particular ha sido muy útil el estudio de la teoría del contrato incompleto o “*contract incompleteness*”, según la cual no existen contratos perfectos por lo que la renegociación es un pilar básico de la relación entre las partes. Ello supone dar una gran importancia al diseño del contrato original, de manera que se minimicen los efectos adversos de la renegociación, tales como el que una de las partes se vea atrapada en el contrato (“*lock in*”).

También en el área de la gestión de proyectos hemos comprobado que existe gran cantidad de bibliografía al respecto, centrada principalmente en cómo las relaciones entre las partes contratantes pueden ser origen de modificaciones contractuales.

Pero ante todo la modificación de los contratos públicos es un tema con importancia jurídica, tanto dogmática como pragmática. Estudiamos su impacto sobre el sistema de contratación, que es un sistema de normas, pero también el impacto en la relación jurídica entre las partes, en los intereses de terceros, etc. Además, la modificación también tiene importancia cuando

se estudia el papel de los órganos judiciales y el control de las decisiones de la Administración por los Tribunales. En la presente Tesis se examina, por ejemplo, el sistema de recursos existentes, problemas como la legitimación activa en caso de modificaciones irregulares o los efectos de la sentencia que invalida la modificación de un contrato.

Este conjunto de problemas jurídicos de la modificación en la contratación pública se puede reconducir al impacto que tiene ésta en el interés público, que es la marca distintiva respecto a la modificación de un contrato privado. Mientras que en el Derecho privado las partes son libres de modificar el contrato, en el Derecho administrativo son muchos los condicionantes que entran en juego y que justifican que no se pueda modificar un contrato *ex parte*.

En determinados países, como Francia o España, donde está consagrado el contrato administrativo como un contrato en el que la Administración goza de ciertas potestades, el debate suscitado en esta Tesis alcanza mayores dimensiones. Se trata de un debate que entronca con la propia razón de ser del Derecho Administrativo, teniendo por tanto un verdadero interés dogmático para nuestra disciplina. Se trata de discutir hasta qué punto sigue existiendo la potestad de modificar un contrato público, si tiene límites y si puede ser controlada por órganos externos a la Administración. En 2011 en España se aprobó una de las regulaciones más restrictivas en este respecto –al menos formalmente-, que permite variaciones en casos excepcionalísimos. ¿Debe ser así? E incluso, profundizando, ¿supone este hipotético desapoderamiento un paso más para igualar contrato administrativo y contrato privado? Lo cierto es que el debate jurídico sigue abierto y hoy las normas todavía no han conseguido reducir la tensión entre la necesidad de arrojar seguridad jurídica (razón de ser del contrato) y la necesidad de adaptarse a las circunstancias (razón de ser de la modificación).

QUINTO. La modificación es un problema histórico y extendido geográficamente, pero no resuelto. Una vez considerado el uso de la modificación como un problema es momento de calificarlo. El primero de los adjetivos que le hemos atribuido es la de ser un problema histórico. Diversas fuentes apuntan a que la modificación podía ser algo generalizado desde tiempos romanos. Testimonios del siglo XVI, XVII y XVIII dan fe de la existencia del problema. Y ya en el siglo XIX se observa como las normas sobre contratación trataron de poner freno a la práctica de las modificaciones a través de diversos mecanismos tales como la mejora del proyecto, el replanteo, las garantías, etc. En todo caso

ya existía la percepción de que una modificación excesiva ponía en peligro los principios de publicidad y concurrencia que se fueron imponiendo en el siglo XIX y XX.

Además de ser histórico, se trata de un problema común a todos los países. Aunque en ocasiones se haya querido considerar como “marca España”, lo cierto es que en todos los países se acude a la modificación contractual con mucha frecuencia. Esto ha sido demostrado a través de estudios empíricos a tres niveles: estudios de casos individuales, estudios nacionales y estudios empíricos de carácter global. Estos estudios arrojan cifras interesantes, por ejemplo, que cerca del 86% de los proyectos estudiados fue modificado. Y lo más importante, nos permite llegar a la conclusión de que el fenómeno de las modificaciones está presente a lo largo y ancho del planeta, con independencia de cuál sea el sistema jurídico imperante y el carácter de las normas aplicables a la contratación pública (Derecho público o privado). Ello abrirá la puerta a la necesidad de llevar a cabo un estudio comparado del tema.

SEXTO. Existen distintos modelos regulatorios de la modificación. Una vez hemos aceptado que la modificación es un problema extendido, es momento de comprobar de qué manera reaccionan otros Estados ante el fenómeno. Estudiar las realidades nacionales ha servido para identificar la existencia de distintos modelos regulatorios. Lo sorprendente es que estos modelos regulatorios se clasifican, no en función del poder de la Administración para modificar el contrato (unilateralidad o no), sino en función de la existencia de límites a la modificación de los contratos.

Un estudio superficial de las realidades nacionales aconsejaba su clasificación en función de si existen poderes unilaterales para modificar o no. Así, por un lado, existe un modelo de regulación que permite a una de las partes contratantes, la entidad pública, modificar el contrato de manera unilateral aunque nada establezcan los pliegos. Este modelo lo hemos denominado como “modelo de prerrogativa”. Ejemplos de este sistema son Francia, Italia o España. Por otro lado, existe otro modelo de regulación en que el contrato sólo puede ser modificado cuando así lo acuerden las partes, ya sea en los pliegos o a través de acuerdos durante la ejecución del contrato. Este modelo lo hemos denominado “modelo convencional”. Ejemplos de este sistema son Reino Unido o Estados Unidos. Dentro de este modelo hay dos versiones claramente diferenciadas en función de la existencia de normas sobre la modificación. En el Reino Unido no hay normas generales sobre la modificación,

sino que habrá que estar a las normas presupuestarias de cada ente. En Estados Unidos, sin embargo, las FAR regulan el contenido y alcance las cláusulas de modificación, así como los casos en que deben incluirse en el contrato unas u otras cláusulas.

Sin embargo, esta clasificación basada en el poder que puede ejercer el contratante público es una clasificación hoy ya superada por varias razones. En primer lugar, porque los modelos de prerrogativa también suelen aceptar la modificación por mutuo acuerdo de las partes. Es el caso de Francia, donde veremos cómo se prefiere la modificación por mutuo acuerdo a la modificación unilateral, si bien la entidad pública tiene la posibilidad de acudir a ese mecanismo. Asimismo, aunque la modificación sea formalmente unilateral, lo cierto es que el contratista raras veces se opone a ella, siendo el primer interesado en que se lleve a cabo en la medida en que le suponga un incremento de la cifra de negocio.

En segundo lugar, porque los modelos convencionales a través de las propias cláusulas del contrato han ido incorporando a los propios contratos la posibilidad de que una de las partes introduzca modificaciones al contrato. Un ejemplo es el asunto Legal Commission en Reino Unido, donde se introduce la posibilidad de introducir modificaciones ilimitadas a un contrato de servicios jurídicos.

En tercer lugar, en todos los sistemas estudiados se observa una tendencia a reconocer que la modificación del contrato, sea a través de mutuo acuerdo o de la modificación unilateral, puede distorsionar la licitación inicial. Ese objetivo de proteger el principio competitivo lleva a que se prohíban modificaciones sustanciales del contrato a través de diferentes doctrinas. Ello supone una reducción de la discrecionalidad de las entidades adjudicadoras, que en ningún caso podrán modificar el contrato fuera de los supuestos previstos. A su vez esto aleja a la contratación pública de la contratación civil, lo cual supone una verdadera revolución en países como el Reino Unido.

Por ello la clasificación llevada a cabo no gira en torno al poder de modificación, sino a los límites que los sistemas imponen a la modificación del contrato, con independencia de la técnica seguida. Situando los límites a la modificación en el centro del debate se han identificado dos modelos: i) el modelo de modificación sin límites; ii) el modelo de modificación sujeta a limitaciones. Un caso singular es el del Derecho de la Unión Europea, que veremos cómo ha pasado de ser un modelo de modificación sin limitaciones a imponer

ciertos límites.

SÉPTIMO. Los sistemas regulatorios tienden a converger en la medida en que adoptan una misma solución: situar el principio licitatorio en el centro de sus sistemas.

A pesar de identificar distintos modelos, las diferencias entre ellos tienden a desaparecer ya que, cada vez más, la capacidad de distorsión sobre la licitación inicial está emergiendo como límite infranqueable. El principio licitatorio se ha ido imponiendo en todos los ordenamientos como el sistema por excelencia. Todas las prácticas que de alguna manera lo excepcionen son tratadas con suma cautela. En Europa, por ejemplo, el Derecho europeo está contribuyendo de manera decisiva a homogeneizar los sistemas, al menos en lo que a los contratos cubiertos por las Directivas se refiere, en torno a la figura de la licitación.

Situar al principio licitatorio como centro de gravedad del sistema trae consecuencias, algunas de ellas de gran importancia. En primer lugar, se introduce una limitación a la libertad contractual de las partes, lo cual en ocasiones da lugar a situaciones no deseadas. Por ejemplo, cuando volver a licitar es más gravoso que modificar el contrato. En segundo lugar, la normativa supone dar gran importancia a la redacción de los pliegos y a la interpretación de las cláusulas. Es decir, que el Derecho civil cobrará especial importancia en el nuevo paradigma de la contratación pública, y la redacción e interpretación de cláusulas será un tema central a la hora de preparar los contratos. Tercero, se produce una quiebra del principio de relatividad del contrato, en la medida en que los efectos internos del contrato ya no sólo afectarán a las partes, sino que los terceros podrán ver su esfera jurídica dañada por la modificación llevada a cabo en un contrato de cuya licitación fueron apartados. La modificación irregular hará surgir cuanto menos su derecho a la acción e incluso, el derecho a la indemnización pertinente.

Por último, el aumento en la densidad normativa de la modificación supondrá que las partes contratantes busquen otras vías para lograr fines similares. En ese sentido habrá que estar atento a lo que hemos llamado “modificaciones impropias”, esto es, figuras que tienen un fin, pero que en la práctica se usan para otro.

OCTAVO. Se trata de un problema con múltiples causas que requiere adoptar un enfoque integral. Considerada la modificación como un problema, lo siguiente ha sido tratar de conocer las causas de dicho problema. Un rápido repaso a todas las fases del

procedimiento de contratación ha puesto de manifiesto que no existe una única causa de la modificación, sino que se da una concurrencia de ellas. Siendo cierto que la modificación se manifiesta durante la ejecución del contrato, las causas de ésta suelen situarse en otras fases, por ejemplo en la deficiencias de los proyectos (que, recordemos, según GANUZA provocan casi el 50% de las modificaciones en España)²²²⁷. Tampoco se puede pasar por alto aspectos como la toma de decisión de contratar, los criterios utilizados, la valoración de las ofertas o la distribución de los riesgos.

De todo ello se concluye que la solución del problema pasa por identificar los elementos centrales y elementos complementarios de la regulación de la modificación. Son elementos centrales los que se refieren en exclusiva a la modificación del contrato, mientras que son elementos complementarios todas aquellas normas que regulan aspectos que podrían estar en la causa de la modificación del contrato: la baja temeraria, los trabajos complementarios, la legislación contra la corrupción, las normas sobre redacción de proyectos, etc.

Ahora bien, como hemos dicho, la solución adoptada por las distintas legislaciones es la de tratar de solucionar el problema del abuso de la modificación a través de nuevas normas que actúen directamente sobre la figura. En concreto, a través de nuevos límites que reduzcan su incidencia y favorezcan la introducción de cláusulas en los pliegos.

Con anterioridad hemos tratado la necesidad de adoptar una regulación para la modificación. Es decir, que la regulación emerge como un intento de dar respuesta al abuso de la modificación, un problema que afecta a todos los sistemas de contratación y que tiene impacto a muchos niveles. La solución de no adoptar norma alguna en aras de la autonomía contractual de la Administración y el contratista (modelo inglés) se ha visto como un obstáculo para la realización no sólo de los principios de la contratación, sino también de un conjunto de bienes jurídicos que merecen protección, y que ya estudiamos al comienzo de este trabajo.

Sobre la idoneidad o adecuación de la medida para cumplir el fin pretendido, que recordemos es proteger la licitación, la respuesta no es sencilla. Ante los abusos que se han producido la fórmula adoptada ha sido la aprobación de nuevas normas, sin que fuese suficiente tratar de

²²²⁷ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostos en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

solucionar el problema a través de dotar de contenido extenso a los principios de la contratación. Ha sido necesario positivizar la regulación, tratando de jugar con el binomio supuestos-límites para dar contenido a conceptos hasta entonces muy genéricos.

Sin duda el establecimiento de límites es una solución adecuada, pero no puede por ella misma atajar el problema. Por mucho que se intente regular la cuestión a través de normas, no hay que perder de vista que ello no es suficiente. Es una medida necesaria, pero no suficiente en tanto que, para ser efectiva, requiere de la aplicación de otras medidas complementarias. De ahí que se haya tratado de seguir una aproximación integral en la presente tesis. De nada sirve una regulación de la modificación estricta si a la hora de licitar no se establecen en los pliegos los mecanismos a través de los cuales se supervisará la ejecución del contrato²²²⁸. Es decir, que es necesario abrazar una visión de la modificación como un fenómeno integral. Si no se hace así las únicas herramientas de las que disponemos son de establecer límites cada vez más rígidos que acaben suprimiendo una herramienta extremadamente útil como es la modificación del contrato.

Los límites a la modificación como solución tienen un margen que parece estar agotándose si no se apuesta también por otras vías. Esperemos que la contractualización de la modificación empuje a que las fases anteriores se conduzcan con mayor rigor si cabe de manera que: i) se elaboren mejor los documentos de preparación del contrato; ii) se elija mejor al contratista. Ya hemos analizado ambos aspectos al estudiar las causas de la modificación. Ocurre, pues, que través de este fenómeno de contractualización lo que se produce es la concepción de la modificación como un fenómeno integral e interconectado con conceptos como “el proyecto”, “la baja temeraria” o “experiencia del contratista”. Hasta ahora estos conceptos estaban sin duda ligados a la modificación, y normalmente se les atribuía la etiqueta de “causas” de ésta. Un análisis cierto, pero que no capta la amplitud del fenómeno. No se puede negar que todas ellas son causas de la modificación, pero ahora el sistema de modificación también sirve de palanca de perfeccionamiento de otras fases de la contratación. Por ejemplo, la propia Comisión Europea, cuando en virtud de la aprobación de la LES cerró el procedimiento de infracción contra España se pregunta en qué se verán ahora beneficiados los ciudadanos, contesta que “un régimen apropiado de modificación de

²²²⁸ Ello es una práctica habitual según el Informe de Fiscalización de la contratación del sector público de 2012, publicado en BOE 23 octubre 2015

los contratos tendrá probablemente una influencia positiva a la hora de evitar ofertas anormalmente bajas, ya que el licitador seleccionado y la entidad adjudicadora no podrán volver a negociar libremente los términos del contrato una vez licitado y adjudicado”²²²⁹.

Así pues, hay que desterrar esa idea de que la modificación tiene que ver sólo con la ejecución. Habrá, pues, que actuar sobre los dos niveles de regulación, los elementos centrales y elementos complementarios tales como la decisión de contratar y elaboración del proyecto, el sistema de fijación de precios, las fórmulas contractuales y los riesgos, la selección de licitadores y su exclusión, las medidas contra la corrupción en la contratación o la transparencia del sistema.

NOVENO. La regulación europea podría ser el comienzo de una revolución silenciosa que acabe por incluir la regulación de la ejecución de los contratos públicos. En 2014 se aprobó un nuevo paquete de Directivas de contratación, entre cuyas novedades destacaba la regulación de la modificación del contrato. Sin perjuicio de las conclusiones sobre su contenido sustantivo, se advierte ahora de las repercusiones que puede tener sobre la relación entre los ordenamientos. Y es que parece haberse pasado por alto el potencial efecto de este precepto en el devenir de la regulación europea en materia de contratación. En cierto sentido puede considerarse un primer paso hacia la regulación de la ejecución de los contratos a nivel europeo. Con el fin de proteger la licitación se pueden establecer medios que monitoricen la ejecución, o pasos necesarios para garantizar que la ejecución va en línea con la adjudicación. Dado el potencial impacto de la regulación no deja de sorprender la nula reacción de los Estados Miembros ante un fenómeno, que puede ser calificado como una auténtica revolución silenciosa, y que podría ser la puerta de entrada a una regulación más invasiva de la Unión de la modificación de los contratos y, en general, de la ejecución. Tan solo hay que comparar lo difícil que está siendo alcanzar conclusiones sobre la creación de un Derecho de los contratos privados, y lo sencillo que ha sido aprobar esta norma sobre modificación de los contratos públicos.

DÉCIMO. El modelo flexible europeo: paso adelante para Europa, paso hacia atrás para España. Para desarrollar esta conclusión partamos de lo ya dicho con anterioridad: el objetivo que persiguen las Directivas, el único que pueden perseguir según

²²²⁹ Comisión Europea, IP/11/430, 6 de abril de 2011.

la base legal utilizada para su aprobación, es el de contribuir a la creación de un mercado único a través de la apertura del mercado de la contratación pública a la competencia intracomunitaria. Ello se logra a través de una serie de normas (reglas y principios) sobre la preparación y adjudicación de los contratos, momentos en los que se define el mercado y se da entrada a los licitadores interesados. Por tanto, las Directivas no pueden ir más allá de eso. Esto se ve a la perfección en el siguiente extracto del TJUE en el asunto *Pressetext*:

31. De la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (...citas de jurisprudencia)

32. Para la consecución de este doble objetivo, el Derecho comunitario aplica en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores y la correspondiente obligación de transparencia (...citas de jurisprudencia)

Ahora bien, ocurre que si la adjudicación del contrato se convierte en mera apariencia y no refleja la realidad subsistente, entonces ese objetivo no podrá alcanzarse. Precisamente, el TJUE lo que entendió con su doctrina sobre los modificados es que la modificación de los contratos podía convertir la adjudicación (y las reglas y principios que la rigen) en papel mojado. Así, hasta entonces era sencillo licitar bajo unas condiciones y tras la adjudicación cambiarlas, como si sólo afectase a las partes contratantes. Por tanto, el TJUE limitó la libertad de las entidades adjudicadoras para modificar el contrato.

Hasta aquí no se puede discutir la competencia de la UE, que sólo pretende proteger la licitación pasada. Ejemplo de ello es la aceptación de cláusulas contractuales que permitan modificaciones que de otra manera sufrirían la tacha de la sustancialidad. Modificaciones que pueden ser de gran magnitud, pero que como eran conocidas en la licitación no impactaron en los principios que rigen ésta ni en su resultado.

Ahora bien, para proteger la licitación al TJUE le hubiera bastado con el primer apartado del triple test de *Pressetext*, quizá en una versión más completa, como es la que recoge la Directiva:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

Sin embargo, siguiendo la doctrina *Pressetext*, la Directiva considera materiales aquellas

modificaciones que amplían el contrato sustancialmente y las que alteran el equilibrio. Y es al incorporar estas previsiones cuando se pueden plantear dudas sobre la competencia del Derecho de la Unión para incluir estos casos. Sí tendrá competencia cuando estos casos se puedan subsumir en el primer apartado, es decir, que una alteración del equilibrio o una extensión del contrato hubiesen alterado el procedimiento de adjudicación en alguno de sus términos. O incluso de manera potencial, cuando se dice “habrían atraído a más participantes”. Pero la conexión entre la adjudicación inicial y la regulación de la modificación se pierde cuando estas modificaciones no impactan de ninguna manera en la capacidad del procedimiento inicial de adjudicación de abrir el mercado de la contratación pública a la competencia sino que se centran en la posibilidad de potenciar nuevas licitaciones.

La única justificación que puede encontrar esta regulación es aceptar que no sólo persigue proteger el procedimiento de licitación inicial sino también potenciales procedimientos de licitación que deberían llevarse a cabo si la modificación es de tal envergadura que debería ser licitada como un nuevo contrato. Por ejemplo, una extensión de un servicio de ambulancias a un nuevo barrio puede que no hubiese alterado el procedimiento inicial ya que no lograría aumentar el interés de otros licitadores. Sin embargo sí atraería la atención de nuevos licitadores si se adjudica aisladamente. Es decir, que se estaría generando más competición, más mercado. Pero claro, entonces ya no se está protegiendo el trato igualitario o la transparencia del procedimiento inicial, sino la competencia en su sentido estricto.

Respecto a la justificación de la inclusión de esta regulación en la Directiva, se dijo que se debía a la necesidad de crear mayor seguridad jurídica a la hora de aplicar las normas sobre modificación. El sistema se basa en una serie de supuestos que permiten modificar sin nueva licitación. Se trata de casos en los que no es necesario realizar el triple test de sustancialidad para saber si la modificación se puede o no llevar a cabo. En ese sentido sí se ha aportado mayor seguridad jurídica.

Sin embargo, hay dos factores que no permiten alcanzar plenamente ese objetivo. Por un lado, la estructura del artículo 72, que es algo confusa. Por otro, la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, v.g. “resultan necesarios”, “no son factible”, “generan inconvenientes”, “aumento sustancial”, etc. Hay que recordar que estos conceptos son ahora conceptos de Derecho europeo y para interpretarlos hay que tener en cuenta la jurisprudencia

del TJUE. En este sentido la Abogada General Kokott reconoce “que en ningún área del Derecho es posible evitar totalmente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que exigen una labor interpretativa, y la normativa sobre contratación pública no es una excepción”²²³⁰. Además, a pesar de estos conceptos jurídicos, la situación jurídica que se plantea goza de mayor seguridad jurídica, al haberse introducido supuestos en los que se permite modificar sin duda alguna. Se adelanta ya que la interpretación de estos conceptos deberá ser una interpretación estricta, en línea con la que lleva a cabo el TJUE cuando se trata de casos que suponen excepciones a una contratación abierta.

Desde el punto de vista sustantivo, la Directiva plantea un sistema con gran margen para dar respuesta a nuevas necesidades o circunstancias imprevisibles. Precisamente, el uso de porcentajes máximos que no tienen carácter acumulativo sino que se aplican a cada modificación por separado es considerado como uno de los aspectos más criticables. Se utiliza en casos en que antes se entendía un 50% de manera acumulada (trabajos adicionales y circunstancias imprevisibles). Por tanto, se puede afirmar que hay mayor margen para la modificación del contrato.

En cuanto a la transposición por los Estados, considero que éstos tienen mucho margen. Algunos países, como Reino Unido, han traspuesto literalmente las normas. Otros, como España adoptarán las normas de la Directiva de manera casi literal (proyecto 2015), pero con un acercamiento más estricto a la cuestión. Por ejemplo, los porcentajes permitidos siempre serán considerados de manera cumulativa y no por separado en cada modificación.

Habrà que tener en cuenta también las posibles interpretaciones que lleve a cabo el Tribunal. Una de ellas se refiere a la obligación de publicidad de la modificación. Las nuevas Directivas, con el objetivo de arrojar más luz sobre las oscuras modificaciones contractuales, obligan a la publicación de éstas en el DOUE. Pero lo hacen sólo en dos casos: trabajos adicionales y circunstancias imprevisibles. Casos en los que ya era obligatorio bajo la Directiva 2004/18 cuando eran supuestos para la utilización del negociado sin anuncio de licitación. En el resto de casos no será necesaria la publicación y serán los Estados Miembros los que deberán exigirlo en sus legislaciones nacionales. Sin embargo, no sería extraño observar como en base a la doctrina de las obligaciones positivas se acaba extendiendo la

²²³⁰ Conclusiones del AG en el asunto Pressetext, en la nota al pie número 29.

obligación de publicación a todos los casos de modificación y no sólo a los que la Directiva establece²²³¹. No hay que olvidar que la regulación de la modificación descansa en los principios de igualdad de trato y transparencia, los cuales son, según dicha doctrina, derivados también del Tratado. Un ejemplo de ello es el asunto Wall, en el que se aplica Presetext a un caso de concesiones, entonces no cubiertas por las Directivas.

La expansión de las obligaciones de publicidad sería muy positivo en un sistema como el actual en el que, además de la posible actuación de la Comisión, el principal elemento de control sobre el que se apoya la regulación europea es el de los licitadores apartados y su potencial interés en impugnar la modificación del contrato.

En términos generales el precepto es bienvenido porque pone encima de la mesa un conjunto de normas para paliar un fenómeno nocivo que, como hemos visto, se daba en toda la Unión. Por un lado, se respeta la autonomía procedimental de los Estados (poco importa cómo se realicen las modificaciones, si por mutuo acuerdo o unilateralmente). Pero además, ello se hace con muchísima flexibilidad, permisividad incluso, de manera que se ha respetado enormemente el equilibrio entre regulación y eficiencia, entre objetivos europeos y objetivos nacionales. Muchos países tendrán ahora por primera vez normas sobre la modificación de los contratos. Pero a la vez dichas normas les permiten alcanzar los objetivos de eficiencia y *value for money*.

Sin embargo, desde el punto de vista español la nueva regulación supone un paso en la dirección contraria hacia la que se dirigía el sistema. Si la LES, por imposición europea, había adoptado un sistema muy rígido sobre modificación contractual, ahora se camina en la dirección contraria, hacia un sistema más parecido al que teníamos anteriormente.

UNDÉCIMO. En España, el principio licitatorio siempre ha sido una referencia presente, pero ignorada. A pesar de que la nueva regulación se considere de origen europeo, lo cierto es que en España los órganos consultivos y de control ya apuntaban a la necesaria protección del principio licitatorio. Aunque fuese de manera minoritaria, ya se consideraba que el abuso de la modificación suponía distorsionar la licitación. Lo que ocurría

²²³¹ Esta idea se la debo a la profesora Sylia de Mars que la sugirió en la conferencia UACES 2015 donde tuve el honor de presentar X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “Modification of contracts and its expansive effects on aggregated and centralised purchasing models”, cit.

es que el legislador no quiso dar un paso adelante en esa dirección. Se decidió proteger la libertad contractual de las partes, en particular de la Administración, dando por sentado que ésta siempre buscaría lo mejor para alcanzar el interés general. Ello, que *a priori* no es reprochable, se convierte en un problema cuando no se fortalecen los sistemas de control. En todo caso, insistir en que el razonamiento jurídico que ahora ha conducido a la nueva regulación ya existía en España, incluso en el siglo XIX. Así, cuando FERNÁNDEZ DE VELASCO citaba doctrina que entendía que “los contratos administrativos no pueden prorrogarse sino en los casos en que exista disposición o cláusula que expresamente lo autorice. Lo contrario (e igual se diga de las modificaciones no autorizadas por la Administración o no previstas en el contrato) sería un medio de eludir las condiciones de publicidad, subasta y demás solemnidades que caracterizan la contratación administrativa y de las cuales no es permitido prescindir, por cuanto se hallan establecidas en garantía de los intereses públicos y su omisión privaría a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos”²²³².

Y sin necesidad de irse tan atrás en el tiempo, las resoluciones de los órganos de control han sido constantes en ese sentido. Por tanto, si no se ha modificado ha sido porque no ha habido voluntad para ello.

DUODÉCIMO. La LES presenta un modelo en la dirección adecuada. La LES ha sido un modelo que debe ser aplaudido por haber intentado de manera firme –por primera vez– la superación de un problema pasado y presente de la contratación. En términos generales coincidimos con el Consejo de Estado cuando valora positivamente el régimen de los modificados proyectado por la LES²²³³. Habrá sin duda cosas que puedan ser mejorables y que deban irse reformando con el paso del tiempo, pero si se le da una oportunidad a este régimen podría llegar a producir un cambio de cultura de la contratación en nuestro país. Dicho lo cual, hay que decir que no parece que se le vaya a dar tal oportunidad en vista de la nueva configuración que plantea el anteproyecto de ley de contratos publicado en 2015.

En líneas generales señalar que el modelo español tal y como queda establecido por la LES viene caracterizado por dos notas: la rigurosidad (novedad) y la fragmentación (característica

²²³² R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, cit., p. 159

²²³³ Dictamen del Consejo de Estado, 215/2010, de 18 de marzo de 2010

histórica).

La principal característica del modelo español es la **rigurosidad**, que se alcanza a través del establecimiento de supuestos que permiten la posibilidad, pero sobre todo a través de los límites que se imponen, límites que operan por igual con independencia de cuál sea la causa que motive la modificación (en Europa, por ejemplo, los límites dependen de la causa que motive la modificación). Así pues, se trata de la legislación más restrictiva que ha existido en España sobre modificaciones del contrato, superando a lo previsto en las Directivas.

En vista de nuestra tradición, la rigurosidad de la regulación emerge como último recurso para alcanzar la ansiada excepcionalidad en la aplicación de la modificación del contrato. Hasta ahora la práctica se encargaba de desmentir la, tantas veces pregonada, idea de la modificación como fenómeno excepcional. Ahora, la rigurosa norma sobre modificados da un paso para alcanzar ese objetivo.

No hay unanimidad acerca de la conveniencia de esta rigurosidad, que ha sido considerada tanto como un acierto de la legislación, como un exceso que puede crear tensiones en la contratación, v.g el hecho de poner un límite del 10% a las modificaciones.

La rigurosidad vendrá atenuada sólo por la posibilidad de acudir a otros mecanismos con efectos similares al de la modificación. Así, el artículo 105 TRLCSP deja fuera del régimen estricto de la modificación a las prórrogas o los trabajos complementarios, entre otros. Sólo hay que pensar en el contraste que existe entre la rigidez de los modificados y la laxitud de los complementarios. En los primeros se permite modificaciones con límite en el 10% mientras en los segundos el límite sube hasta el 50%, porcentaje que hasta la LCSP 2007 era del 20%, es decir, que la posibilidad de introducir complementarios aumenta, mientras que los requisitos siguen siendo bastante permisivos.

Esta rigurosidad es aplicable con independencia del método seguido para modificar el contrato. El nuevo modelo no limita el uso del *ius variandi*, sencillamente reduce su alcance y lo encorseta con ciertos límites que reducen la discrecionalidad de las partes²²³⁴. Ahora

²²³⁴ Una discrecionalidad que en este ámbito ya estaba en el punto de mira desde la Instrucción de 1845: “Evitar todo linaje de arbitrariedad en los trámites por donde tienen necesariamente que pasar las obras públicas desde que se han proyectado hasta su terminación”. La desconfianza hacia los operadores que intervienen se vuelve a sentir en otro párrafo de la Exposición de Motivos, donde se afirma que los trámites “no pueden abandonarse

bien, la Administración puede seguir acudiendo a esta fórmula de modificación. La LES no se detiene a diferenciar entre modificaciones unilaterales o bilaterales. Identifica el problema de la modificación en sentido amplio como un problema que debe ser atacado con independencia de la fórmula jurídica en el que se apoyaba. Y ello en la medida en que el principio licitatorio está en juego ya se trate de una u otra fórmula.

Otra característica del modelo es su **fragmentación**. A diferencia de la rigurosidad, la fragmentación del sistema de modificación ha sido una constante. Existían diferentes regímenes según se tratase de contratos privados o administrativos y, dentro de éstos, según fuesen un tipo de contrato u otro.

El nuevo régimen ha combatido la fragmentación desde dos perspectivas. Por un lado, crea un régimen general al que se remiten los distintos regímenes. Por otro, y esto es verdaderamente novedoso, extiende la aplicación del régimen general a todos los contratos cubiertos por el TRLCSP, ya sean contratos administrativos o privados²²³⁵. Ello reduce la flexibilidad de estos contratos, pero evita la huida del Derecho administrativo. Por ejemplo, será clave en la contratación de las sociedades de obras públicas, que hasta ahora eran un instrumento utilizado para sortear los controles administrativos.

Sin embargo, cierta fragmentación sigue perviviendo en la medida en que los distintos tipos de contratos tienen reglas especiales que deben ser observadas. Esta fragmentación no se limita sólo a los aspectos sustantivos: también debe tenerse en cuenta la diferente jurisdicción a la que habrá que acudir según se trate de contratos privados o administrativos. Dualidad de jurisdicciones para aplicar las mismas reglas podría acabar en dualidad de criterios para su interpretación, y, dado el amplio número de conceptos jurídicos indeterminados existentes, todo apunta a que así será (sirva como ejemplo la ya comentada última jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de *rebus sic*

jamás a la simple voluntad de los empresarios y de los agentes del Gobierno en la construcción de las obras públicas.” [EM 1845].

²²³⁵ Lo cual ha recibido alabanzas y críticas a partes iguales. Se considera desproporcionado en la medida en que introduce restricciones importantes a la libertad de pactos. Cfr. Á. E. ESTÉVEZ, “El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence”, cit.; pero también un acierto a fin de evitar la huida del Derecho administrativo a través de entes instrumentales. Cfr. J. VÁZQUEZ MATILLA, “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, cit., p. 348; J. COLÁS TENA, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, cit.; y M. A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, cit., p. 177.

stantibus).

La redacción de los preceptos que componen el régimen de modificación de los contratos es una redacción **repleta de conceptos jurídicos indeterminados**. Así, por ejemplo, la norma trata de delimitar qué debe entenderse por “alteración de las condiciones esenciales”, y lo hace elaborando una lista que está a su vez repleta de conceptos indeterminados.

Dado que el fenómeno de la modificación de los contratos es, sin duda, un área muy casuística del Derecho de los contratos, cada caso presenta unas circunstancias muy particulares, lo cual desaconseja –e imposibilita– adoptar reglas detalladas al respecto. Por ello debe ser bienvenida la manera en la que los preceptos sobre la modificación están redactados.

Por un lado, permite que la antecitada rigidez normativa quede matizada. Las partes, aun estando más encorsetadas que antes, siguen disfrutando de un gran margen de apreciación. Por otro, hace recaer mayor peso en los órganos de control, que ahora tienen un número mayor de parámetros de control que deben interpretar. Muchos de estos conceptos jurídicos habrá que interpretarlos a la luz del Derecho europeo en la medida en que tienen su origen o su desarrollo en las Directivas y la jurisprudencia del TJUE. Además, ante estos conceptos indeterminados, los órganos de control deben exigir un plus de motivación. Sólo así se impedirá que se cometan arbitrariedades.

Respecto a la **implantación y uso** de la regulación por los operadores jurídicos, se produce un doble efecto. A largo plazo el nuevo sistema podría generar una nueva manera de contratar. Esto sólo se producirá poco a poco. Como señala el Consejo de Estado al informar la LES, “la técnica de los modificados está muy arraigada en la práctica administrativa, por lo que no se descarta que la nueva regulación genere dificultades en su aplicación hasta que las empresas licitadoras sean capaces de ajustar sus ofertas al régimen que se propugna introducir”²²³⁶.

Todo ello traerá consigo un aumento en la mejora de los proyectos y una mayor planificación de la entidad contratante. La propia Comisión cuando archivó el procedimiento de incumplimiento contra España consideró que el régimen “tendrá probablemente una

²²³⁶ Dictamen del Consejo de Estado, 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

influencia positiva a la hora de evitar ofertas anormalmente bajas, ya que el licitador seleccionado y la entidad adjudicadora no podrán volver a negociar libremente los términos del contrato una vez licitado y adjudicado”²²³⁷. Un ejemplo de ello es cuando en el pasado V Foro de Infraestructuras las grandes constructoras (ACS, FCC y OHL) abogaron por terminar con el modelo de licitación a la baja²²³⁸ - una declaración de intenciones que choca con que dos meses después ACS ofertara el contrato por las salas VIP de Barajas con una baja del 51%²²³⁹. Ahora bien, si se mantiene esta regulación no quedará más remedio que ser más realista a la hora de realizar las ofertas.

En el corto plazo también puede suponer un verdadero paso adelante. Como hemos estudiado las nuevas –aunque insuficientes- exigencias de transparencia y la posibilidad de impugnar las modificaciones permiten combatir el abuso en la modificación. Por ejemplo, hasta ahora los contratistas no han hecho apenas utilización del mecanismo de la cuestión de nulidad, y en los pocos casos que se han dado hay muchos que presentan problemas derivados de la complejidad del mecanismo. Esta tendencia ha ido cambiando y en el último año el número de cuestiones de nulidad ha sido considerablemente más elevado que en los anteriores²²⁴⁰.

DECIMOTERCERO. Los mecanismos de control siguen siendo débiles. La clave de bóveda del sistema será sin duda el papel que desempeñen los órganos de control, tanto administrativos como judiciales. Y es que en el pasado estos órganos de control fallaron. Primero, porque en ocasiones no se exigieron las causas previstas en la legislación, pareciendo suficiente el interés público (fin) sin tener en cuenta los demás requisitos. Segundo, porque en no pocas ocasiones se daban por buenas justificaciones que sólo forzosamente podían enmarcarse en las previstas por la ley. Una interpretación más estricta hubiese llevado a un resultado completamente diferente. Tercero, porque en ningún momento los órganos de control pusieron freno a la práctica sistemática de modificar el contrato en porcentajes calculados con el fin de evitar la puesta en marcha de controles más rígidos. Traemos de nuevo a colación el estudio de GANUZA en el que señala que un tercio

²²³⁷ Archivo del procedimiento de infracción abierto por la Comisión (IP/11/430).

²²³⁸ Visto en <http://www.expansion.com/agencia/efe/2015/03/17/20523615.html> (acceso en marzo 2015).

²²³⁹ <http://vozpopuli.com/economia-y-finanzas/60245-ac-s-vuelve-a-tirar-de-bajas-temerarias-51-para-llevarse-el-contrato-de-las-salas-vip-de-barajas> (acceso en mayo de 2015).

²²⁴⁰ Ver X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del Derecho Europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado”, cit.

de los modificados se sitúan entre el 19 y 20%, siendo sólo un 6% el número de proyectos que superan ese umbral y que, por tanto, requerían aprobación del Consejo de Estado. El autor subraya aquí el más que probable comportamiento estratégico de los operadores, que evitan superar dicho umbral para agilizar el procedimiento²²⁴¹.

Respecto al control interno, se observa con escepticismo el cambio de paradigma de un control preventivo hacia un sistema de auditorías. En el ámbito de la modificación de los contratos cuanto más cercano en el tiempo sea el control al hecho en sí, más posibilidades existirán de frenar los casos de abusos. Pongamos como ejemplo el siguiente caso destapado por la IGAE²²⁴². El 29 de diciembre de 2009 FEVE licita mediante procedimiento abierto un contrato de fabricación y suministro de cuatro unidades de tren por valor de 16 millones. Al resultar las tres ofertas presentadas inadmisibles (por precio que supera el estimado o por no gozar de solvencia profesional necesaria), se decide pasar al procedimiento negociado sin publicidad. Tras la oportuna negociación se adjudica el contrato a la empresa Vossloh por valor de 15 millones de euros, y se formaliza con fecha de 17 de mayo de 2010. Pues bien, el 1 de julio (apenas un mes más tarde la adjudicación) se modifica por primera vez, añadiendo otras 4 unidades. Lo mismo ocurre el 6 de julio de 2010, el 5 de abril de 2011, el 10 de enero de 2012 y el 11 de mayo de 2012. En total, el contrato asciende a 62 millones. No es hasta el 15 de marzo de 2012 cuando la IGAE, a través de la Oficina Nacional de Auditoría, emite informe sobre estas contrataciones (conforme art. 169 y 170 LGP). Dicho informe acabó desembocando en que el Secretario General Técnico pusiese en marcha la revisión de oficio. El Consejo de Estado, en su Dictamen 105/2013 entiende que debe declararse nulo tanto el contrato como los modificados, ordenando la liquidación de éstos y la restitución recíproca de lo recibido o de su valor. Queda puesto de manifiesto que un control más cercano en el tiempo hubiese evitado esta manera de actuar. Pasado ese tiempo en muchas ocasiones sólo queda poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad de los responsables tal como apunta el propio Consejo de Estado:

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expresado, este Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre las irregularidades advertidas en el expediente de contratación del que trae causa la presente revisión de oficio y que fueron puestas de manifiesto por la Intervención General de la Administración del Estado en sus tantas veces citado informe de auditoría. Tales irregularidades revisten una especial gravedad en la medida que ponen de manifiesto una

²²⁴¹ J.-J. GANUZA FERNÁNDEZ, “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, cit.

²²⁴² Visto en Dictamen del Consejo de Estado, 105/2013, de 11 de abril de 2013.

voluntad deliberada de violentar las reglas que inspiran la contratación del sector público, con el consiguiente quebranto del interés general y el perjuicio para la propia Hacienda Pública. De ahí que este Consejo no pueda por menos que trasladar a la autoridad consultante que pondere la conveniencia de iniciar un expediente en el que se depuren las responsabilidades administrativas o de otro orden en que hubieren podido incurrir las autoridades y personal al servicio de FEVE.

Asimismo, al configurar los controles internos como meros controles de legalidad, no es un mecanismo suficiente para detectar las razones que pueden existir detrás de la modificación abusiva²²⁴³. Ello se agrava si tenemos en cuenta la escasa implicación de la IGAE en las denuncias por responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas o la existencia de casos que no se perciben las irregularidades²²⁴⁴.

Un mecanismo de control útil y que podría tener gran repercusión en los modificados es el que ejercen los concejales de la oposición cuando se aprueba una modificación del contrato. Hoy, tanto los Tribunales contractuales como los órganos judiciales admiten su legitimación activa.

Respecto al control externo, el nuevo sistema parece querer apoyarse en los recursos que interpongan los terceros interesados. Se abren nuevas vías para recurrir la modificación contractual. Vías, como el recurso de nulidad, que son más eficaces que los recursos tradicionales. Y ello será posible gracias, sobre todo, a las nuevas obligaciones de transparencia. Obligaciones que tienen doble origen: las Directivas y su mandato de publicar determinadas modificaciones; y la Ley de Transparencia y su mandato de publicar activamente datos sobre la modificación de los contratos. Se echa en falta, sin embargo, completar este panorama con la obligación de notificar a los licitadores apartados, algo que ahora sólo sucede en algunas Comunidades Autónomas.

Ahora bien, aunque se haya ampliado el conjunto de mecanismos de tutela, la recompensa para los terceros interesados sigue siendo escasa y compleja. En muchas ocasiones la parte actora podrá obtener, a lo sumo, una indemnización. Pero, será difícil posible probar esos

²²⁴³ En este sentido, en especial en relación a la corrupción, J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit. p. 238.

²²⁴⁴ Por ejemplo, en la Sentencia núm. 93/2012 de 16 marzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza se remarca que, ante una modificación sustancial, que superaba con creces el 20%, no se hubiese solicitado informe del Consejo Consultivo, y que esa circunstancia no se hubiese mencionado ni en el informe de Control de Legalidad de la Intervención, ni en el de la Asesoría Jurídica.

daños por lo que se tendrá que conformar con ver que la modificación, en muchos casos ya ejecutada, se declare nula, y la sentencia inejecutable.

Además, hay que tener en cuenta que la obligación de transparencia en su vertiente de publicidad de los modificados no es completa. La legislación de contratos sólo exige publicar algunos de los supuestos, no todos. Sí lo hace la Ley de Transparencia, pero dicha publicación no llegará a tiempo en la mayoría de las ocasiones ya que nada se dice en dicha ley sobre el plazo para publicar. No debe olvidarse que la transparencia tiene fines distintos en ambas normas: mientras en materia de contratación sirve al principio de igualdad y concurrencia, en materia de legislación de transparencia sirve como un fin en sí mismo que permita la adecuada rendición de cuentas²²⁴⁵.

Este déficit de transparencia será paliado previsiblemente por el nuevo texto en cuyo anteproyecto se establece que “los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si éste está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma.” (art. 205 anteproyecto 2015). Se cumplirá así la función profiláctica del principio de transparencia, definido muchas veces en la jurisprudencia comunitaria como instrumento para limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad.

Siguiendo con la transparencia, pero esta vez en su faceta de acceso a la información, debe notarse que la LTAIBG en su art. 18.2 impide el acceso a “información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. Ello es un grave obstáculo para conocer la motivación que lleva a las partes contratantes a modificar el contrato, lo cual a su vez podría evitar litigios posteriores. Limitación que podría sortearse a través de la oposición política y el ejercicio del art. 23.2 CE que consagra, entre otros, el derecho a obtener información que se estime necesaria para ejercer la actividad de control

²²⁴⁵ Al respecto ver J. M. GIMENO FELIÚ, “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de contratos públicos* 2013, 2014., p. 71.

político del Gobierno²²⁴⁶.

DECIMOCUARTO. El modelo español ha centrado sus esfuerzos normativos en fortalecer la regulación sustantiva de la modificación, sin atender a los elementos complementarios. Con independencia de la regulación sustantiva que se haga de la modificación, ésta fracasará si no se presta atención a los elementos complementarios. Hay que conectar de manera directa figuras como la experiencia pasada, la baja temeraria o los trabajos complementarios con la modificación. No se pueden mantener como compartimentos estancos, estudiados cada uno por su cuenta y aplicados sin relación alguna.

Respecto a la experiencia del contratista, deben aprovecharse las nuevas normas europeas al respecto. Desarrollar un sistema de registro de la experiencia pasada es un requisito fundamental para superar el problema. Ello podría generar efectos perniciosos sobre la competencia por lo que debe hacerse con sumo cuidado. Lo que no parece muy lógico es el ejercicio de amnesia que practica la Administración a la hora de contratar. Si ha sufrido una mala experiencia en el pasado debe penalizar al contratista con el que la vivió. Y ello debe medirse de manera objetiva a través de tres parámetros: precio licitación, precio adjudicación, precio final. Las desviaciones, con independencia de la causa, deben tenerse en cuenta. Así, se podrá comprobar si hay contratistas (o grupos empresariales) que de manera sistemática tienen la mala suerte de sufrir circunstancias imprevisibles.

En el caso de la baja temeraria no hay que perder de vista que para todos los contratos del sector público, el órgano de contratación debe velar por que el precio sea de mercado (art. 87 TRLCSP) tanto al fijar el presupuesto como las normas sobre ofertas anormales. No hacerlo así debería ser origen de responsabilidad. Asimismo, la existencia de ofertas temerarias debe ser parámetro de interpretación de la imputabilidad o no de la modificación al contratista. Es decir, que debe buscarse una reducción de la modificación a través de la limitación del mecanismo de la baja. Ahora ocurre precisamente al contrario: se pretende acabar con la baja temeraria a través de un endurecimiento de los mecanismos de modificación.

En el caso de los trabajos complementarios, tradicionalmente han sido utilizados para

²²⁴⁶ Solicitando informe a las Cortes Valencianas en la STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27/03/2014 (EDJ. 121527; MP: Rosario Vidal Mas).

modificar el contrato sin someterse a las condiciones que ésta exige. Ello no debería ser así. Ahora bien, dado que es el punto débil de la nueva regulación, no será extraño ver que se produce la modificación del contrato a través de esta vía.

DECIMOQUINTO. Para solucionar el problema hay que tener la voluntad de hacerlo. Aunque suponga una obviedad, lo cierto es que el problema no se soluciona sin la voluntad política para hacerlo. Voluntad que se muestra en dos niveles: el legislativo y el administrativo. Respecto al legislador, no tiene mucho sentido que tras el paso hacia delante de la LES se vuelva otra vez a abrazar un modelo flexible como el europeo. El modelo LES es perfectamente compatible con las nuevas Directivas y por tanto si se decide dar mayor flexibilidad será por deseo del legislador nacional. Además, no deja de llamar la atención que las obligaciones de transparencia no se incorporasen a la Ley, sino a la Ley de Transparencia, lo cual tiene la principal desventaja de que debe seguirse otro camino para su impugnación. En el mismo sentido, llama la atención que se dejase al margen del recurso especial de contratación todo lo relacionado con la modificación. A mayor abundamiento, llama la atención que todavía hoy sigan existiendo dos niveles de tutela diferenciados según se trate de contratos cubiertos por las Directivas o no.

Pero tampoco a nivel de gestión administrativa interesa el cambio. Los gestores, en este caso órganos de contratación, se sienten más cómodos con la discrecionalidad que les da un modelo flexible. Este modelos con departamentos estancos entre la planificación, licitación y ejecución del contrato, permite que se puedan poner en marcha proyectos que están condenados a sufrir sobrecostes por la manera en que están diseñados.

Un claro ejemplo de la inexistencia de voluntad para solucionar el problema es precisamente el hecho de que no se aplican mecanismos jurídicos existentes en la actualidad. En el capítulo correspondiente hemos identificado alguno de ellos (exigencia de responsabilidades personales, uso de experiencia pasada y prohibiciones para contratar, interpretación rígida de los conceptos jurídicos, etc).

DECIMOSEXTO. Debe considerarse que las partes son profesionales del sector que gozan de autonomía contractual. Uno de los problemas a los que se enfrenta la contratación hoy en día es que ambas partes contantes buscan el cobijo de las normas frente

a las responsabilidades. A veces se pasa por alto que estamos ante auténticos contratos. Se olvida que las partes consintieron cuando firmaron o que se trata de profesionales del sector. Corregir esta tendencia pasa por tres ideas clave.

Primero, comenzar a modificar el contrato a través del mutuo acuerdo en lugar de imponer la modificación como si fuese una exigencia de la Administración, algo que, como hemos dicho, no suele ser así, sino que se encubre una modificación por mutuo acuerdo. Pero es que además, el modelo de prerrogativa acaba yendo en contra de la Administración, por ser un modelo de imposición. El argumento que suele esgrimirse frente al mutuo acuerdo es el posible abuso que puede esconder. Sin embargo, con los controles adecuados da lo mismo el tipo de modificación llevada a cabo.

Segundo, debe permitirse que las partes acuerden la distribución de riesgos que consideren. Si es demasiado ventajosa para la Administración, tanto que es inaceptable, entonces la licitación quedará desierta. Es mejor que los contratistas introduzcan una prima de riesgo en el precio en tanto que dicho precio está sometido a presión competitiva.

Por último, debe endurecerse las condiciones para reclamar compensación e indemnización. Por un lado, endurecer la aplicación de los requisitos del enriquecimiento sin justo. Por ejemplo, no debería entenderse que una modificación declarada nula es siempre sinónimo de enriquecimiento injusto ya que habrá modificaciones que por la gravedad de la omisión en la que incurrieron debieron no ser ejecutadas por el contratista. Por otro, empezar a tener en cuenta la conducta del contratista y si éste ha sido diligente. Por ejemplo, no debe darse por buenas aquellas modificaciones ordenadas por personas no competentes (tendrá el contratista que dirigirse contra quién las ordenó). Por último, debería limitarse el plazo para reclamar, no siendo el momento de la liquidación final sino durante la propia ejecución, a imagen de lo que teóricamente se debería hacer en casos de fuerza mayor.

En último lugar, debe explorarse el papel que podría jugar el Derecho de la competencia y las ayudas de Estado en lo que a modificación de contratos respecta. Sin duda puede ser una vía para poner freno a esta práctica. Si desde el principio concurrencial o licitatorio se impusieron límites a la modificación, no se entiende por qué no podría aplicarse otras normas de la misma procedencia. En particular hemos tratado dos: los precios predatorios y las ayudas de Estado.

NOTA FINAL. En la presente Tesis doctoral se ha tratado de abordar un problema que dura ya demasiado. Problema que es complejo y que entronca con cuestiones dogmáticas y pragmáticas de nuestro Derecho. Logrado el objetivo de destripar el problema y analizar su alcance, se ha estudiado la solución adoptada. Finalmente se han propuesto otras soluciones que están al alcance de la mano. Sin embargo, al acabar se tiene la sensación de estar en un campo donde queda mucho por investigar, superando incluso el marco de este trabajo de investigación. Corresponde ahora a otros coger el testigo e impulsar la cuestión un paso más allá.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAJO QUINTANA, J. J., “Comentario a los artículos 59 y 60”, en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 610 y ss.
- ACCONCIA, A.; IMMORDINO, G.; PICCOLO, S.; REY, P., “Accomplice Witnesses and Organized Crime: Theory and Evidence from Italy”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, n.º 4, 2014, pp. 1116-1159.
- ACERETE, J. B.; SHAOUL, J.; STAFFORD, A.; STAPLETON, P., “The Cost of Using Private Finance for Roads in Spain and the UK”, *Australian Journal of Public Administration*, vol. 69, 2010, pp. S48-S60.
- AGHION, P.; DEWATRIPONT, M.; REY, P., “Renegotiation Design with Unverifiable Information”, *Econometrica* (1986-1998), vol. 62, n.º 2, 1994, p. 257.
- AGUDO GONZÁLEZ, J., “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 26, 2011, pp. 1-45.
- ALBANO, G. L.; ZAMPINO, R., “Strengthening the Level of Integrity of Public Procurement at the Execution Phase: Evidence from the Italian National Frame Contracts”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, Abingdon, 2013 (The economics of legal relationships).
- ALFARO Y LAFUENTE, S., *Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de las demandas administrativas*, Revista de Legislación, Madrid, 1867.
- ALTSHULER, A.; LUBEROFF, D., *Mega-Projects: The Changing Politics of Urban Public Investment*, Brookings Institution, Washington DC, 2003.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.; DE AYMERICH DE RENTERÍA, R., *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español común y foral*, Comares, Granada, 1989.
- ALZOLA Y MINONDO, P. DE, *Las obras públicas en España: Estudio histórico*, Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994.
- AMEZCUA ORMEÑO, E., “Ius variandi, precios contradictorios y revisión de precios en el contrato de obras celebrado por poder adjudicador no administración pública tras la Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 6, 2011, pp. 123-126.
- ANDERSSON, S.; HEYWOOD, P., “The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International’s Approach to Measuring Corruption”, *Political Studies*, vol. 57, 2009, p. 746.767.
- ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, 1a. ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- ARNEDO ORBAÑANOS, M. A., “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: Posibilidades y limitaciones”, *Revista española de control externo*, vol. 3, 1999, pp. 61-90.
- ARROWSMITH, S., “Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement”, en P. P. Craig, Carol Harlow (eds.) *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, London, 1998.
- ARROWSMITH, S., “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real

- simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2012, pp. 71-82.
- ARROWSMITH, S., *The law of public and utilities procurement*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2015.
- ARROWSMITH, S., “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, en C Barnard, M Gehring, I Solanke (eds.) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*, vol. 14, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 1-48.
- ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. F. (eds.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- ARROWSMITH, S.; LINARELLI, J.; WALLACE, D., *Regulating public procurement: national and international perspectives*, Kluwer Law International, The Hague ; London, 2000.
- ARROWSMITH, S.; PRIESS, H.-J.; FRITON, P., “Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?”, *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2009, pp. 257-282.
- ARVAN, L.; LEITE, A. P. N., “Cost overruns in long term projects”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 8, n.º 3, 1990, pp. 443-467.
- ASHMORE, R., “Variations on a theme (Presstext in action) - changes to development plans in favour of commercial developer successfully challenged: R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council”, *Public Procurement Law Review*, vol. 24, n.º 3, 2015, pp. NA81-NA87.
- AUBY, J.-B., “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, n.º Spr, 2007, pp. 40-57.
- AURICCHIO, V., “The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts”, *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 1998, pp. 113-130.
- AVEZUELA CÁRCCEL, J., “Los principios generales de la contratación pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, n.º enero-junio, 2005.
- BADENES GASSET, R., *El Riesgo imprevisible: influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional*, Bosch, Barcelona, 1946.
- BAILEY, S. H., *Cases, materials and commentary on administrative law*, 4th ed, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- BAILEY, S. H., “Reflections on standing for judicial review in procurement cases”, *Public Procurement Law Review*, vol. 4, 2015, pp. 122-132.
- BAJARI, P.; McMILLAN, R. S.; TADELIS, S., *Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*, National Bureau of Economic Research, 2003, fecha de consulta 8 diciembre 2014, en <http://www.nber.org/papers/w9757>.
- BAJARI, P.; TADELIS, S., “Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 32, n.º 3, 2001, pp. 387-407.
- BANDIERA, O.; PRAT, A.; VALLETTI, T., “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, *American Economic Review*, vol. 99, n.º 4, 2009, pp. 1278-1308.
- BANERJEE, A.; DUFLO, E., “Reputation Effects and the Limits of Contracting: A study of the Indian Software Industry”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 54, 2000, pp. 82-103.
- BAÑO LEÓN, J. M., “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, vol. 1, 2012, pp. 141-151.

- BAÑO LEÓN, J. M., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, vol. 151, n.º enero-abril, 2000, pp. 11-37.
- BARNARD, C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 4th ed, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BARON, D. P.; BESANKO, D., “Monitoring, Moral Hazard, Asymmetric Information, and Risk Sharing in Procurement Contracting”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 18, n.º 4, 1987, pp. 509-532.
- BASSOLS, M., “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en Benigno Pendás García (ed.) *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995 (Wolters Kluwer).
- BEDNAR, R., “Emerging issues in suspension and debarment: some observations from an experienced head”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2004, p. 223 y ss.
- BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994.
- BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, *Observatorio de Contratación Pública*, vol. web, 2012.
- BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 143-210.
- BERNAL BLAY, M. A., “The Spanish Remedies System in Public Procurement: Strengths and Opportunities for Improvement”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2013, pp. 118-131.
- BERNHEIM, B. D.; WHINSTON, M. D., “Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity”, *The American Economic Review*, vol. 88, n.º 4, 1998, pp. 902-932.
- BETANCOR, O.; VALIDO, J., *Manuales y procedimientos para la evaluación de proyectos de transporte*, 2009.
- BLANC-BRUDE, F.; MAKOVSEK, D., *Construction Risk in Infrastructure Project Finance*, EDHEC Business School, 2013.
- BLANCO LÓPEZ, F., “La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable.”, *Revista de Estudios Locales*, 2013, p. 353 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, vol. vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BLANQUER CRIADO, D., “Pacta sunt servanda”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (ed.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010.
- BOBES SÁNCHEZ, M. J., *La teoría del cominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007.
- BOESE, J. T., *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, 4ª, 2011.
- BOIX PALOP, A., “Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción: de los partidos del sistema a los partidos de los ciudadanos”, en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014, p. 162 y ss.
- BONET CORREA, J., “La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendaticia urbana y las cláusulas de estabilización (En torno a la STS de 13 de mayo de 1986)”, *Revista General de Derecho*, vol. 513, 1987, pp. 3081-3089.
- BORDALO FAUSTINO, P., “Award criteria in the new EU Directive on public procurement”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, n.º 3, 2014, pp. 124-133.

- BORDAT, C.; MCCULLOUGH, B. G.; LABI, S.; SINHA, K. C., *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, Joint Transportation Research Program, Indianapolis, USA, 2004.
- BOWER, A.; OSBAND, K., “When More is Less: Defense Profit Policy in a Competitive Environment”, *RAND Journal of Economics*, vol. 22, n.º 1 (spring), 1991, pp. 107-119.
- BRAUN, P., “Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK’s Private Finance Initiative”, *European Law Journal*, vol. 9, n.º 5, 2003, pp. 575-598.
- BRODEC, J.; JANECEK, V., “How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?”, *Public Procurement Law Review*, vol. 24, n.º 3, 2015, pp. 90-105.
- BROWN, A., “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06”, *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2008, pp. NA253-267.
- BROWN, T.; POTOSKI, M., “Managing Contract Performance: A transaction Cost Approach”, *Journal of Policy Analysis and Management (1986-1998)*, vol. 22, n.º 2, 2003, pp. 275-297.
- BURGI, M., “A Report about the German Remedies System”, en Steen Treumer, François Lichère (eds.) *Enforcement of the EU public procurement rules*, DJØF Pub, Copenhagen, 2011 (European procurement law series), p. 105 y ss.
- BURNETT, M., “Current Private Finance Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom - How Should It Be Measured, The”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 7, 2012, p. 118.
- BURNETT, M., “PPP during the Contract Execution Phase - A Need for Greater Certainty in Community Law”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2008, pp. 51-57.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.
- CANTARELLI, C. C.; FLYVBJERG, B.; BUHL, S. L., “Geographical Variation in Project Cost Performance: The Netherlands versus Worldwide”, *Journal of Transport Geography*, vol. 24, 2012, pp. 324-331.
- CANTERA CUARTANGO, J. M., “La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, vol. 19, n.º quincena 15 a 29 octubre, 2012, p. 2143.
- CARRETERO PÉREZ, A., “El contrato administrativo ante la Ley de Bases de contratos del Estado de 28-XII-1963”, *Revista de Administración Pública*, vol. 45, n.º septiembre-diciembre, 1964.
- CASARES MARCOS, A. B., “Equilibrio económico”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso (ed.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*.
- CASARES MARCOS, A. B., “Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección 7ª. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)”, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 917-944.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J., “Pacta Sunt Servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 29, 2012.
- CAVALLO PERIN, R.; RACCA, G. M., “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Diritto amministrativo*, 2010, p. 325.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson Reuters, Barcelona,

2014.

- CHINCHILLA PEINADO, J. A.; PÉREZ BERNABEU, B., “Los contratos patrimoniales de las Administraciones públicas”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 771 y ss.
- CIBINIC, J. J., “Introduction to International Symposium on Government Procurement Law”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 21, 1987, p. 1.
- CIBINIC, J.; NASH, R. C., *Administration of Government Contracts*, 3th ed, George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, DC, 2011.
- CIBINIC, J.; NASH, R. C.; YUKINS, C. R., *Formation of government contracts*, 4th ed, George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, DC, 2011.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Introducción al régimen inglés de los contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 194, 2014, pp. 411-435.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del Derecho Europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 172, n.º julio-septiembre, 2015, p. 195 y ss.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 50, 2014, pp. 73-101.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Medidas cautelares y suspensión automática de la adjudicación de un contrato público: el asunto OCS”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 167, 2014.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Modification of contracts and its expansive effects on aggregated and centralised purchasing models”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Tutela judicial y sistema de recursos en la contratación pública inglesa”, *Revista de Administración Pública*, vol. septiembre-diciembre, n.º 195, 2014.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas directivas.”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 163, 2014.
- COLÁS TENA, J., “El cumplimiento y la ejecución”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 326 y ss.
- COLÁS TENA, J., “El itinerario de la contratación pública. De Cádiz a nuestros días”, *Diario del Derecho Municipal*, 2013.
- COLÁS TENA, J., “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 153, 2012, pp. 253-276.
- COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, vol. t. II, 3ª ed., Madrid, 1865.
- COMBA, M. E., “Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013, pp. 302-308.
- COMBA, M. E., *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2011.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comprensión y seguimiento de los factores que determinan los costes en los proyectos de infraestructuras*, Bruselas, 1998.
- COMPTE, O.; LAMBERT-MOGILIANSKY, A.; VERDIER, T., “Corruption and Competition in Procurement Auctions”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 36, n.º 1, 2005, pp. 1-15.

- CORDERO, D., “Cuando el sobrecoste forma parte del plan”, *El País*, 2014, fecha de consulta 4 febrero 2014, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/02/03/actualidad/1391459849_523014.html.
- COSSALTER, P., *La modification du marché public*, Territorial, 2012.
- COSTAS-PÉREZ, E.; SOLÉ-OLLÉ, A.; SORRIBAS-NAVARRO, P., “Corruption Scandals, Press Reporting, and Accountability. Evidence from Spanish Mayors”, *IEB Working Paper 2011/99*, 2011.
- COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en *Observatorio de contratos públicos 2012*, 2013.
- CRAIG, P., “Specific powers of public contractors”, en Rozen Noguellou, Ulrich Stelken (eds.) *Comparative Law on Public Contracts Treatise / Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 173-198.
- CRÉMER, J.; KHALIL, F., “Gathering Information before Signing a Contract”, *The American Economic Review*, vol. 82, n.º 3, 1992, pp. 566-578.
- CROCKER, K. J.; REYNOLDS, K. J., “The Efficiency of Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Air Force Engine Procurement”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 24, n.º 1, 1993, pp. 126-146.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C., “La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público”, *Revista española de control externo*, vol. 30, 2008, pp. 31-56.
- DANTATA, N.; TOURAN, A.; SCHNECK, D. C., “Trends in U.S. Rail Transit Project Cost Overrun”, 2006.
- DAVIES, A. C. L., *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- D. DOMINIC, A.-D.; D. SMITH, S., “Rethinking construction cost overruns: cognition, learning and estimation”, *Journal of Financial Management of Property and Construction*, vol. 19, n.º 1, 2014, pp. 38-54.
- DEAKIN, S. F.; MICHIE, J. (eds.), *Contracts, co-operation, and competition: studies in economics, management, and law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- DE BRUX, J., “Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis”, 2011, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris.
- DE BRUX, J., “The Dark and Bright Sides of Renegotiations: An Application to Transport Concession Contracts”, *Utilities Policy*, vol. 18, 2010, pp. 77-85.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 987.
- DEKEL, O., “Modifications of a Government Contract Awarded following a Competitive Procedure”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, 2008, p. 401.
- DEKEL, O., “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 37, 2008, p. 237.
- DE LABAUDERE; MODERNE, F.; DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983.
- DE LA CUESTA, J. M., “Las obligaciones alternativas”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 25, 1984, pp. 3-25.
- DE LA PEÑA OLIVAS, J. M., *Alcance y organización de las obras públicas en el imperio Romano*, Traianvs, El Portal Europeo de Ingeniería Romana, 2006, fecha de consulta 6 marzo 2014, en <http://www.traianvs.net/index.php>.
- DEL BUEYO DÍEZ JALÓN, M., “La intervención de los Consejos Consultivos en los procedimientos de modificación de contratos”, *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, 2005, pp. 60-88.

- DELGADO MARTIN, E.; ARRIAGA Y DEL ARCO, F. DE, *Contratos administrativos*, 2a ed. notablemente ampliada, en la parte doctrinal y adicionada con las disposiciones oficales.... y apéndice de jurisprudencia, Tipografía de los hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1899.
- DELLA PORTA, D.; ROSE-ACKERMAN, S., “Corrupt Exchanges: An Introduction”, en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 8-19.
- DELLA PORTA, D.; VANNUCCI, A., “Analysing Political Corruption in Western Europe: SPain and the UK in Comparative Perspective”, en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 58-88.
- DEMOUGIN, D. M., “A Renegotiation-Proof Mechanism for a Principal-Agent Model with Moral Hazard and Adverse Selection”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 20, n.º 2, 1989, pp. 256-267.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1999.
- DEVINE, C., “Controversial VA projects waste billions, say government reports and lawmakers”, *CNN*, 2015.
- DIEKMANN, F.; KRÖGER, M.; REIMANN, A., “Disastrous Public Works Projects in Germany”, *Spiegel Online*, 2013, fecha de consulta 28 febrero 2014, en <http://www.spiegel.de/international/business/disastrous-public-works-projects-in-germany-a-876856.html>.
- DÍEZ CALZADA, J. ., “Comentario al nuevo régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 112, 2011, pp. 58-67.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1967.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Civitas, Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derecho civil. Volumen II . El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, 9ª ed, Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ SASTRE, S., “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. agosto, 2013.
- DÍEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DOBEL, J. P., “The Corruption of a State”, *The American Political Science Review*, vol. 72, n.º 3, 1978, pp. 958-973.
- DOMBERGER, S.; JENSEN, P., “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n.º 4, 1997, pp. 67-78.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, vol. 195, n.º septiembre-diciembre, 2014.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Roma Delatoribus Praemiatur*, Conferencia de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 2013.
- DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, n.º 1, 2015, pp. 35-49.
- DORN, N.; LEVI, M.; WHITE, S., “Do European procurement rules generate or prevent crime?”, *Journal of Financial Crime*, vol. 15, n.º 3, 2008, pp. 243-260.

- DOYLE, C., “Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes”, *Congressional Research Service*, 2009.
- D’SOUZA, A.; KAUFMANN, D., *Who Bribes in Public Contracting and Why: Worldwide Evidence from Firms*, The Brookings Institution, 2010.
- DUNNE, S. A.; LOEWENSTEIN, M. A., “Costly Verification of Cost Performance and the Competition for Incentive Contracts”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 26, n.º 4, 1995, pp. 690-703.
- DYE, K.; STAPENHURST, R., “Pillars of Integrity: The Importance of Supreme Audit Institutions in Curbing Corruption”, *The Economic Development Institute of the World Bank*, 1998.
- ECORYS; PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013.
- EDWARDS, C.; KAEDING, N., “Federal Government Cost Overruns”, *CATO Institute*, 2015, fecha de consulta 1 octubre 2015, en http://www.downsizinggovernment.org/government-cost-overruns#_ednref4.
- EISENHARDT, K. M., “Agency Theory: An Assessment and Review”, *Academy of Management Review*, vol. 14, n.º 1, 1989, pp. 57-74.
- ELLIS, R. D.; PYEON, J.-H.; HERBSMAN, Z.; MINCHIN, E.; MOLENAAR, K., *Evaluation of alternative contracting techniques on FDOT construction projects*, Dept. of Civil and Coastal Engineering, University of Florida, 2007.
- EMBID IRUJO, A.; COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de Obras públicas*, Aranzadi, Madrid, 2013.
- ENGERMAN, S. L.; SOKOLOFF, K. L., “Digging the Dirt at Public Expense: Governance in the Building of the Erie Canal and Other Public Works”, *National Bureau of Economic Research*, vol. Working Paper 10965, 2004.
- ESCRIBUELA MORALES, F. ., “La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 95, n.º marzo, 2010.
- ESCUÍN PALOP, C., “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 46, n.º Octubre, 2005, p. 29.
- ESTACHE, A., “PPI Partnerships vs. PPI Divorces in LDCs”, *Review of Industrial Organization*, vol. 29, n.º 1-2, 2006, pp. 3-26.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., “Competition and transparency in public procurement markets”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2014, pp. 229-244.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Marcial Pons, 2015.
- ESTÉVEZ, Á. E., “El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 124, 2013.
- EU COMMISSION, *EU Anti-corruption Report*, 2014.
- FARRELL, J.; SHAPIRO, C., “Optimal Contracts with Lock-In”, *The American Economic Review*, vol. 79, n.º 1, 1989, pp. 51-68.
- FEHR, E.; HART, O.; ZEHNDER, C., “Contracts as Reference Points—Experimental Evidence”, *The American Economic Review*, vol. 101, n.º 2, 2011, pp. 493-525.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Los contratos administrativos*, 1ª, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1927.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Potestad tarifaria y equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones Locales”, *Revista de Administración Pública*, vol. 87.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., “Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 163, 2014.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi, 1992.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, J. M., “Criteria for the use of the negotiated procedure under the E.C. Works Directive: a note on Case C-107/92”, *Public Procurement Law Review*, n.º 1, 1994, pp. CS13-18.
- FERTITTA, L., “La figura del secondo classificato nell’aggiudicazione degli appalti pubblici”, *Revista trimestrale degli appalti pubblici*, vol. 2005, p. 442.
- FINKE, M. R., “Claims for Construction Productivity Losses”, *Public Contract Law Journal*, vol. 26, 1996, p. 311.
- FISCHER, C., “Unilateral variations in construction contracts”, *Construction Law Journal*, vol. 29, n.º 3, 2013, pp. 211-233.
- FISSELL, B. M., “The Dual Standard of Review in Contracts Clause Jurisprudence”, *George Washington Law Journal*, vol. 101, 2013.
- FLYVBJERG, B., “Design by Deception: The Politics of Megaproject Approval”, *Harvard Design Magazine*, vol. Spring/Summer, n.º 22, 2005, pp. 50-59.
- FLYVBJERG, B., *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- FLYVBJERG, B.; GARBUIO, M.; LOVALLO, D., “Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: two models for explaining and preventing executive disaster”, *California Management Review*, vol. 51, n.º 2, 2009, pp. 170-193.
- FLYVBJERG, B.; HOLM, M. S.; BUHL, S. L., “Underestimating Costs in Public Works Projects: Error or Lie?”, *Journal of the American Planning Association*, vol. 68, n.º 3, 2002, pp. 279-295.
- FLYVBJERG, B.; SKAMRIS HOLM, M. K.; BUHL, S. L., “How common and how large are cost overruns in transport infrastructure projects?”, *Transport Reviews*, vol. 23, n.º 1, 2003, p. 71.
- FLYVBJERG, B.; STEWART, A., *Olympic Proportions: Cost and Cost Overrun at the Olympics 1960-2012*, University of Oxford, Oxford, 2012, p. 23.
- FONT I LLOVET, T., “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en Luis Cosculluela Montaner (ed.) *Estudios de derecho público económico : libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1451-1470.
- FUENTES LOSADA, A., “La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible”, *CEEJ*, vol. 2, n.º Junio, 2014, pp. 131-168.
- FUENTETAJA PASTOR, J. ., “Riesgo y ventura en la concesión de Obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, vol. 7, n.º 2º semestre, 2004.
- FUERTE LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)”, en

Observatorio de contratos públicos 2012, 2013.

FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?, *Corrupción institucional y controles administrativos preventivos*, 2015.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-320.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “El precio de los contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 74, n.º abril, 2008, p. 49.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Fuerza mayor en el contrato de obras”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 28, n.º febrero, 2004, pp. 44-53.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La formalización”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 235 y ss.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 26, n.º diciembre, 2003.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, Madrid, 2015.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 75, n.º mayo, 2008, p. 47.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 113, n.º noviembre, 2011, p. 32.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 72-73, n.º febrero-marzo, 2008, pp. 47-56.

GALTUNG, F., “Measuring the Inmeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices”, en *Measuring Corruption*, Ashgate, London, 2006.

GANUZA FERNÁNDEZ, J.-J., “Contratos, subastas y sobrecostes en las obras públicas: un análisis teórico”, *Cuadernos Económicos del I.C.E.*, vol. 57, 1994, pp. 77-97.

GANUZA FERNÁNDEZ, J.-J., “Los sobrecostes en las obras públicas: un análisis económico del caso español”, *Economía industrial*, n.º 318, 1997, pp. 111-122.

GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, 2014.

GARCÍA-CRESPO, M., “Una nota sobre la corrupción”, *Revista española de control externo*, vol. 40, 2012, pp. 171-190.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, vol. 10, 1953, pp. 241-281.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. mayo-agosto, n.º 2, 1950, p. 83 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, vol. 12, n.º septiembre-diciembre, 1953.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 6ª, Civitas, 1993.

- GARCÍA DE LA MATA, J. E.; PIPAON PULIDO, J. G., “Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *Diario La Ley*, vol. 6983, n.º 7 de julio, 2008.
- GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Consideraciones sobre el plazo de los contratos administrativos de obra”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 60, 1988.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *La suspensión del contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.
- GARRIDO FALLA, F., *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961.
- GARRIDO FALLA, F., “En torno a una posible reforma de la legislación sobre la contratación de obras públicas”, *Revista de Documentación Administrativa*, vol. 55.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.
- GIANNELLI, A., *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*, 2012.
- GIANNELLI, A., “Performance and renegotiation of public contracts”, *Ius Publicum Network Review*, 2013.
- GIFFORD, J.; BOLAÑOS, L.; DAITO, N., “Renegotiation of Transportation Public-Private Partnerships: the U.S. Experience”, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. ., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, 2005.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 211-258.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 149, 2011, pp. 29-54.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 147, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Las nuevas Directivas - Cuarta Generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. jul-sep, n.º 159, 2013, pp. 39-105.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de contratos públicos 2013*, 2014.
- GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S., “La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014.
- GOEL, R.; RICH, D., “On the Economic Incentives for Taking Bribes”, *Public Choice*, vol. 61, 1989, pp. 269-

275.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. ., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Colaboración público-privada, transferencia de riesgos y estabilidad presupuestaria”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*, vol. 352, 2012, pp. 149-176.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011”, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1313-1332.
- GORMLEY, L. W. (ed.), *Gordian Knots in European public procurement law: government procurement agreement, standards, utilities, remedies = Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht: das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Standards, Sektoren, Rechtsmittel*, Bundesanzeiger, Köln, 1997.
- GÓRRIZ ROYO, E. M., “Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales”, en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014, p. 89 y ss.
- GRAF LAMBSDORFF, J., “Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?”, en Susan Rose-Ackerman, Tina Søreide (eds.) *International handbook on the economics of corruption*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006 (Elgar original reference).
- GRAF LAMBSDORFF, J., “How Corruption in Government Affects Public Welfare. A Review of Theory”.
- GREEN, J. R.; LAFFONT, J.-J., “Renegotiation and the Form of Efficient Contracts”, *Annals of Economics and Statistics / Annales d'Économie et de Statistique*, n.º 25/26, 1992, pp. 123-150.
- GREENSTEIN, S., “Procedural Rules and Procurement Regulations: Complexity Creates Trade-Off”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 9, 1993, pp. 159-179.
- GRIS GONZÁLEZ, J. C., “El Ius Variandi en la contratación pública: clases de modificaciones y límites”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 163, 2013, pp. 30-48.
- GRIS GONZÁLEZ, J. C., “La modificación de los contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 28, 2012.
- GROSSMAN, S. .; HART, O., “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *ournal of Political Economy*, vol. 94, 1986, pp. 691-719.
- GUASCH, J. L., *Granting and renegotiating infrastructure concessions doing it right*, World Bank, Washington, D.C, 2004.
- GUASCH, J. L.; KARTACHEVA, A.; QUESADA, L., *Contract Renegotiations and Concessions in the Latin America and Caribbean Region: An Economic Analysis and Empirical Implications*, World Bank, Washington DC, 2000.
- GUERRERO ANKERSMIT, R., “Desistimiento y modificación de contratos: el artículo 223 g)”, *Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000.
- HARLAND, C.; KNIGHT, L.; LAMMING, R.; WALKER, H., “Outsourcing: assessing the risks and benefits for organisations, sectors and nations”, *International Journal of Operations & Production Management*,

- vol. 25, n.º 9, 2005, pp. 831-850.
- HARTLEV, K.; LILJENBØL, M. W., “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, vol. 22, n.º 2, 2013, pp. 51-73.
- HART, O.; MOORE, J., “Contracts as Reference Points”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 123, n.º 1, 2008, pp. 1-48.
- HART, O.; MOORE, J., “Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts”, *The American Economic Review*, vol. 97, n.º 2, 2007, pp. 182-186.
- HART, O.; MOORE, J., “Incomplete Contracts and Renegotiation”, *Econometrica*, vol. 56, n.º 4, 1988, p. 755.
- HEBLY, J. M.; HEINJSBROOK, P., “When Amending Leads to Ending”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 163 y ss.
- HEIDENHEIMER, A. J., “Perspectives on the Perception of Corruption”, en *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1993.
- HEILBRUNN, J., “Anti-Corruption Commissions: Panacea or Real Medicine to Fight Corruption?”.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., en R García Macho (ed.) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003.
- HERNÁNDEZ GIL, A., “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 45, n.º enero-diciembre, 1961, pp. 797-807.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva directiva de concesiones. un largo viaje con final esperado”, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., “La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá”, *Revista de Administración Pública*, vol. 194, n.º mayo-agosto, 2014, pp. 475-508.
- HOEPFFNER, H., “La modification des contrats de la commande publique à l’épreuve du droit communautaire”, *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 98-114.
- HOEPFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, Lextenso, Paris, 2009.
- HOLLYER, J. R., “Is it Better to Empower the People or the Authorities? Assessing the Conditional Effects of ‘Top-Down’ and ‘Bottom-Up’ Anti-Corruption Interventions”, *MacMillan Center for International and Area Studies Yale University*, 2011.
- HONG, H.; SHUM, M., “Increasing Competition and the Winner’s Curse: Evidence from Procurement”, *Review of Economic Studies*, vol. 69, n.º 4, 2002, pp. 871-898.
- HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HUERGO LORA, A., “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 126, n.º abril-junio, 2005.
- IRWIN, T.; KLEIN, M.; PERRY, G. E.; THOBANI, M., “Managing government exposure to private infrastructure risks”, *The World Bank research observer*, vol. 14, n.º 2, 1999, pp. 229-245.
- JACKSON, S., *Project Cost Overruns and Risk Management*, Innovative Construction Research Centre, 2002.
- JAHREN, C.; ASHE, A., “Predictors of cost-overrun rates”, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 116, n.º 3, 1990.

- JAREÑO LEAL, Á. (ed.), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.
- JAREÑO LEAL, Á., “La corrupción en la contratación pública”, en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 149-158.
- JENNINGS, W., “Executive Politics, Risk and the Mega-Project Paradox”.
- JEZE, G., “Essai d’une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, vol. 30, 1913, p. 294.
- JIMÉNEZ AYALA, J., “Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias.”, 2003, Universidad de Educación a Distancia.
- KAUFMANN, “Corruption: the Facts”, *Foreign Policy*, vol. 107, n.º Summer, 1997, p. 114.
- KAUFMANN, D.; KRAAY, A.; MASTRUZZI, M., “Measuring Corruption: Myths and Realities”, en *Global Corruption Report: Judicial Corruption*, Berlin, 2007, p. 318.
- KELMAN, S., “Past Performance: Becoming Part of the Solution”, *Procurement Lawyer*, vol. 30, 1995.
- KELMAN, S., *Procurement and public management: the fear of discretion and the quality of government performance*, AEI Press, Washington, D.C, 1990.
- KENNY, C.; MUSATOVA, M., “Red Flags of Corruption in world Bank Projects: An Analysis of Infrastructure Contracts”, *World Bank Policy Research Working Paper*, vol. 5243, 2010.
- KIM, Y.; BROWN, T. ., “The importance of contract design”, *Public Administration Review*, vol. 72, n.º 5, 2012, pp. 687-696.
- KLEIN, M., “Bidding for concessions”, *Research working paper ; no. WPS 1957*, 1998.
- KLEIN, M., “Rebidding for concessions”, *Public policy for the private sector ; Note no. 161*, 1999.
- KLITGAARD, R. E., *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.
- KLITGAARD, R. E., “International Cooperation against Corruption”, *Finance & Development*, vol. March, 1998, pp. 3-6.
- KOGAN, B. I., “Competitive Bidding and the Option to Renew or Extend a State Purchase Contract”, *Dickinson Law Review*, vol. 74, 1969, p. 166.
- KOTSONIS, T., “Implementation of Directive 2014/24: Regulating the Modification and Termination of Contracts”, *Who’s Who Legal*, vol. julio, 2015, fecha de consulta en <http://whoswholegal.com/news/features/article/32426/implementation-directive-201424-regulating-modification-termination-contracts>.
- KOVACIC, W. E., “Whistleblower Bounty Lawsuits as Monitoring Devices in Government Contracting”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 29, 1995, p. 1799.
- KUNZLIK, P., “Neoliberalism and the European Public Procurement Regime”, en Catherine Barnard, Albertina Albers Llorens, Marcus Gehring, Robert Schütze (eds.) *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012-2013*, vol. 15, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 283.
- KURER, O., “Why Do Voters Support Corrupt Politicians?”, en A.K. Jain (ed.) *The Political Economy of Corruption*, Routledge, London, 2001.
- LAFFONT, J.-J.; TIROLE, J., *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1993.

- LAMBERT, D. ; KNEMEYER, A. ., “We’re in this together”, *Harvard Business Review*, vol. 82, n.º 12, 2004, pp. 114-122.
- LAMMING, R.; COX, A., *Strategic Procurement Management in the 1990s: Concepts and Cases*, The Chartered Institute of Purchasing, 1995.
- LAPUENTE GINÉ, V., “John Wayne, Salander y España”, *El País*, 2013.
- LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada, 2002.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho civil. Contratos*, vol. tomo III, 4ª, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LAZO VITORIA, X., *El control interno del gasto público estatal*, Tecnos, Madrid, 2008.
- LEGUINA VILLA, J., *Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, Universidad Complutense, Madrid, 1978.
- LENEL, “La cláusula rebus sic stantibus”, *Revista de Derecho Privado*, 1923, p. 193.
- LEWIS, T. R., “Reputation and Contractual Performance in Long-Term Projects”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 17, n.º 2, 1986, pp. 141-157.
- LLAVADOR CISTERNES, H., *Contratación Administrativa*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- LLORENS, F., “Le recours des personnes publiques à la vente en l’état futur d’achèvement: une condamnation partielle”, *CJEG*, 1991, p. 251.
- LONSDALE, C., “Post-Contractual Lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI): the Cases of National Savings and Investments and the Lord Chancellor’s Department”, *Public Administration*, vol. 83, n.º 1, 2005, pp. 67-88.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, F., “El término en el contrato administrativo de obra”, *Revista de Administración Pública*, vol. 97, 1982, p. 207.
- LOZANO CUTANDA, B.; FERNÁNDEZ PUYOL, I., “Efectos de la Ley de desindexación en la contratación pública: el fin de la revisión de precios como derecho del contratista”, *Diario La Ley*, vol. 8554, 2015.
- MACAULAY, S., “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, *American Sociological Review*, vol. 28, n.º 1, 1963, pp. 55-67.
- MACBETH, D. ., “The role of purchasing in a partnering relationship”, *European Journal of Purchasing & Supply Management*, vol. 1, n.º 1, 1994, pp. 19-25.
- MACNEIL, I. ., “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, vol. 72, n.º 6, 1978, pp. 854-905.
- MAJID, M. Z. ; MCCAFFER, R., “Factors of Non-Excusable Delays That Influence Contractors’ Performance”, *Journal of Management in Engineering*, vol. 14, n.º 3, 1998.
- MANUEL, K. M., *Evaluating the «Past Performance» of Federal Contractors: Legal Requirements and Issues*, 2015, fecha de consulta en <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41562.pdf>.
- MARÍN ALBARRÁN, E., “Parámetros de control de la adjudicación de Contratos públicos en los nuevos órganos de Recursos contractuales”, *Revista de Estudios Locales*, vol. especial, 2013, p. 491 y ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?”, *Revista de Administración Pública*, vol. 144, 1997, pp. 45-74.
- MARTÍN REBOLLO, L., “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª, Civitas, Madrid, 2004, p. 576 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 140, 1996.
- MASSERA, A., *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, Pisa, 2011.
- MCAFEE, R. P.; MCMILLAN, J., “Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 17, n.º 3, 1986, pp. 326-338.
- MCCARTHY, R. J., “Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers”, *William & Mary Policy Review*, vol. 13, n.º 184-228, 2012.
- MCCRUDDEN, C., *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., “Fundamentos político-constitucionales del Derecho Público de los Contratos”, en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 45-89.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- MEILÁN GIL, J. L., “La actuación contractual de la Administración Pública española: una perspectiva histórica”, *Revista de administración pública*, n.º 99, 1982, pp. 7-36.
- MEILÁN GIL, J. L., *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- MEILÁN GIL, J. L., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.”, *Revista de Administración Pública*, vol. 191, n.º mayo-agosto, 2013.
- MEREWITZ, L., *Cost Overruns in Public Works*, Institute of Urban & Regional Development, University of California, 1972.
- MICHAEL, B., “Suing against Corruption: The Role of Civil Law”, *Policy Innovations*, vol. July, 2007, fecha de consulta 1 mayo 2015, en <http://www.policyinnovations.org/ideas/innovations/data/000015>.
- MILLER, J.; COHEN, L., “One change too many! Is there any position for the American concepts of «cardinal changes» and the «cumulative impact doctrine» in English law?”, *Construction Law Journal*, vol. 18, n.º 5, 2002, pp. 378-390.
- MITCHELL, J. D. B., *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954.
- MONEDERO GIL, J. I., *Doctrina del Contrato de Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
- MONITOR, *Enforcement guidance on the Procurement, Patient Choice and Competition Regulations*, 2013.
- MONTERDE, A., “Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras”, *Revista de Obras Públicas*, vol. 16, 1875.

- MORENO AYZA, O. J.; SANAHUJA ESBRÍ, M. T., “La función interventora en los contratos de obra pública”, *Revista de Derecho Local El Derecho*, vol. 2, 2012.
- MORENO GIL, Ó., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1980.
- MORENO MOLINA, J. A., “Aplicación del principio de equilibrio financiero al contrato de obras”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 57, 2006.
- MORENO MOLINA, J. A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2015.
- MORENO MOLINA, J. A., “La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación del sector público”, *Noticias de la Unión Europea*, vol. 298, n.º Monografía: La contratación de las Administraciones Públicas, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *El Derecho de los contratos públicos*.
- MORENO MOLINA, J. A., “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 25, 2010.
- MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- MORENO MOLINA, J. A.; PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª, La Ley, Madrid, 2010.
- MOREO MARROIG, T., *Manual para la utilización de los acuerdos marcos y figuras relacionadas*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- MOSZORO, M. W.; SPILLER, P. T., *Third-Party Opportunism and the Nature of Public Contracts*, National Bureau of Economic Research, 2012, fecha de consulta 8 diciembre 2014, en <http://www.nber.org/papers/w18636>.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2006.
- NASH, R. C. J.; CIBINIC, J. J., “Changes Clause in Federal Construction Contracts”, *George Washington Law Review*, vol. 35, 1966, p. 908.
- NELKEN, D.; LEVI, M., “The Corruption of Politics and the Politics of Corruption: An Overview”, *Journal of Law and Society*, vol. 23, n.º 1, 1996, pp. 1-17.
- NIKOLOV, N., “Conflict of interest in European public law”, *Journal of Financial Crime*, vol. 20, n.º 4, 2013, pp. 406-421.
- NOGUELLOU, R., “Les nouvelles Directives et l’exécution des contrats”, *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 15, n.º 21 avril 2014, 2014, p. 853.
- NOONAN, J. T., “Bribery”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 2, 1987, p. 741.
- NORTH, D., “Economic Performance through Time”, *American Economic Review*, vol. 84, 1994, pp. 359-368.
- NORTH, D., “Institutions and Credible Commitment”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, 1993, pp. 11-23.
- NUÑEZ MUNÁIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las ADministraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2004.
- OECD, *Enhancing Integrity in Public Procurement: A Checklist*, OECD Publishing, 2008.

- OECD, *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD Publishing, 2013.
- OECD, *Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z*, 2007.
- OLAWALE, Y. .; SUN, M., “Cost and time control of construction projects: inhibiting factors and mitigating measures in practice”, *Construction Management and Economics*, vol. 28, n.º 5, 2010, pp. 509-526.
- OLES, D. S., “No Damage Clauses in Construction Contracts: A Critique”, *Washington Law Review*, vol. 53, 1977, p. 471.
- OLYKKE, G. S., *Abnormally Low Tenders: With an Emphasis on Public Tenderers*, DJOF Publishing, 2010.
- ORDUÑA MORENO, F. J.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, Civitas, Cizur Menor, 2013.
- ODOT, J. M., “Choix Contractuels et Performances : Le Cas des Contrats d’Approvisionnement de Défense”, 2007, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris.
- PADOVANI, E.; YOUNG, D. W., “Toward a Framework for Managing High-Risk Government Outsourcing: Field Research in Three Italian Municipalities”, *Journal of Public Procurement*, vol. 8, n.º 2, 2008, pp. 215-247.
- PADROS REIG, C., “La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. Fundamentación actual e historia normativa”, *Revista de Administración Pública*, vol. 181, 2010.
- PADRÓS REIG, C., “Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 135, 2007, pp. 459-503.
- PALMIERI, V., “Scorrimiento della graduatoria e tutela della concorrenza nell’esecuzione degli appalti pubblici”, *Foro amministrativo*, 2008, p. 868.
- PARADA VAZQUEZ, J. ., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.
- PARADA VAZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989.
- PAREJO ALFONSO, L. J., “¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 18, 1978.
- PARKER, D.; HARTLEY, K., “The economics of partnership sourcing versus adversarial competition: a critique”, *European Journal of Purchasing & Supply Management*, vol. 3, n.º 2, 1997, pp. 115-125.
- PEDERSON, M. A., “Rethinking the Termination for Convenience Clause in Federal Contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 31, 2001, p. 83.
- PEEL, E., *Treitel on the Law of Contract*, 12th, Sweet & Maxwell, 2007.
- PENDÁS GARCÍA, B. (ed.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995.
- PEQUIGNOT, G., *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, 1945.
- PÉREZ CRESPO, B., “La reforma del régimen de modificación de los contratos públicos”, *Cuenta con IGAE*, vol. 26, n.º junio, 2011.
- PETERSON, J. H., “The Big Dig Disaster: Was Design-Build the Answer?”, *Suffolk University Law Review*, vol. 40, n.º 4, 2007.

- PICARD, E., “La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?”, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1998, pp. 651-666.
- PICKRELL, D. ., *Urban rail transit projects: Forecast versus actual ridership and cost*, U.S Department of Transportation, Washington, D.C, 1990.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., “La contratación local”, en Santiago Muñoz Machado (ed.) *Tratado de Derecho Local II*, 1ª, Civitas, Madrid, 1988, p. 1459 y ss.
- PONTAROLLO, E., “Regulatory Aspects and the Problem of Corruption in Public procurement in Italy”, *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 1995, p. 201.
- POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, vol. tomo III, Madrid, 1843.
- POUYAUD, D., “Le contentieux des contrats publics en Europe: France”, *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 1, n.º janvier-fevrier, 2011, p. 6 y ss.
- POWELL, G. E. J., “Cardinal Change Doctrine and Its Application to Government Construction Contracts, The”, *Public Contract Law Journal*, vol. 24, 1994, p. 377.
- PRADERA, J., *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Guthenberg, Madrid, 2014.
- PREVOST, R. J., “Contract Modification vs. New Procurement: An Analysis of General Accounting Office Decisions”, *Public Contract Law Journal*, vol. 15, 1985, p. 453.
- PRIESS, H.-J.; SAUSSIER, S., “Dialogue”, en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, Abingdon, 2013 (The economics of legal relationships).
- PULIDO QUECEDO, M., *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Navarra, 2010.
- QUINTANA LÓPEZ, A., “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 131, 2006, p. p. 421.
- QUINTANA LÓPEZ, T., “El anacronismo del factum principis en la legislación de contratos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 50, n.º abril-junio, 1986, pp. 269-274.
- RACCA, G. M.; CAVALLO PERIN, R., “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013, pp. 279-293.
- REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- REED, Q., “Sitting on the Fence: Conflicts of Interest and How to Regulate Them”, *U4 Issue*, vol. 2008:6, 2008.
- RGL FORENSICS; FORNTIER ECONOMICS; FABER MAUNSELL/AECOM, *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R., “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano”, 2004.
- ROLLÓN MUÑOZ, J., “Comentario al artículo 101 TRLCAP”, en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 921 y ss.
- ROSE-ACKERMAN, S., *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- ROSE-ACKERMAN, S.; SØREIDE, T. (eds.), *International handbook on the economics of corruption*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

- ROWLAND, H., "The Causes and Effects of Change Orders on the Construction Process", *Master Thesis presented to the Georgia Institute of Technology*, 1981.
- RUIZ OJEDA, A. (ed.), *Derecho de la contratación pública regulada*, Civitas, Madrid, 2004.
- RUIZ OJEDA, A., "El Eurotúnel La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", *Revista de Administración Pública*, vol. 132, n.º septiembre-diciembre, 1993.
- SÁINZ MORENO, F., "La «exceptio non adimpleti contractus» en la contratación administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 16, n.º enero-marzo, 1978, pp. 13-20.
- SÁINZ MORENO, F., "Prerogativas de la administración en la contratación administrativa", en Benigno Pendás García (ed.) *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas)*, 1a. ed., Praxis, Barcelona, 1995 (Wolters Kluwer), pp. 425-464.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2ª, Hart Publishing, 2015.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions", en Mario E. Comba, Steen Treumer (eds.) *Award of Contracts in EU Procurements*, vol. 5, DJØF Publishing, Copenhagen, 2013 (European Procurement Law Series).
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 10ª, Tecnos, Madrid, 2014.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., "Comentario a los artículos 1203 y 1204 CC", en *Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales*, vol. vol. 1º (Art. 1156 a 1213 CC), Edersa, Madrid, 1991 (tomo XVI), p. 678.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *La novación de las obligaciones*, Nauta: D.L.1964, Barcelona.
- SANMARTÍN MORA, M. A., "La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas", *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 129, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "La invalidez de los contratos públicos", en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, p. 365.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control", *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1974, pp. 303-310.
- SCHAENGOLD, M.; BRAMS, R., "Choice of Forum for Government Contract Claims: Court of Federal Claims vs. Board of Contract Appeals", *The Federal Circuit Bar Journal*, vol. 17, 2008, p. 279.
- SCHOONER, S. L., "Desiderata: objectives for a system of government contract law", *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002, p. 103.
- SCHOONER, S. L., "The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment", *Public Procurement Law Review*, vol. 5, 2004, pp. 211-217.
- SIMÓN, P., "La España del despilfarro", *El Mundo*, 2014.
- SIMOVART, M. A., "Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules", *UrT*, vol. 1, 2015.
- SMITH, K., "Contract adjustments and public procurement: An analysis of the law and its application", University of Nottingham, 2014.
- SMITH, S.; OWENS, D., "New procurement legislation for English Healthcare Bodies - The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No.2) Regulations 2013", *Public*

- Procurement Law Review*, n.º 4, 2013, pp. NA109-NA115.
- SOBRINI, P., “Los arquitectos denunciarnos”, *El País*, 2014, fecha de consulta 26 septiembre 2014, en http://elpais.com/elpais/2014/01/10/opinion/1389382195_706061.html.
- SOMERS, J. K., “The Board of Contractual Appeals: A Historical Perspective”, *American University Law Review*, vol. 60, n.º 4, 2011.
- SOREIDE, T., *Corruption in Public Procurement: Causes, Consequences, Cures*, CMI, Bergen, 2002.
- SPAGNOLO, G., “Reputation, competition, and entry in procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n.º 3, 2012, pp. 291-296.
- SPILLER, P. T., *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, National Bureau of Economic Research, 2008.
- SPILLER, P. T., “A Positive Political Theory of Regulatory Instruments: Contracts, Administrative Law or Regulatory Specificity?”, *Southern California Law Review*, vol. 69, 1996, pp. 477-515.
- SUAY RINCÓN, J., “La ejecución del contrato administrativo. la cesión del contrato y la subcontratación”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 472-524.
- SZYLIOWICZ, J. .; GOETZ, A. ., “Getting realistic about megaprojects planning: The case of the new Denver International Airport”, *Policy Sciences*, vol. 28, n.º 4, 1995, pp. 347-367.
- TAN, C. H., “Contract Modifications, Consideration and Moral Hazard”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 17, 2005, p. 566.
- THALER, R. H., “Anomalies: The Winner’s Curse”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, n.º 1, pp. 191-202.
- THELLIEZ-HUGODOT, S., *La définition de la commande par le pouvoir adjudicateur*, Tesis Doctoral, Valenciennes, 2013.
- THOMPSON, D. F., “Mediated Corruption: The Case of the Keating Five”, *The American Political Science Review*, vol. 87, n.º 2, 1993, pp. 369-381.
- TIROLE, J., “Incomplete contracts: Where do we stand?”, *Econometrica*, vol. 67, n.º 4, 1999, pp. 741-781.
- TIROLE, J., “Procurement and Renegotiation”, *Journal of Political Economy*, vol. 94, n.º 2, 1986, pp. 235-259.
- TREPTE, P., “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Public Procurement: Possibilities and Limitations”, *OECD Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*, 2005.
- TREPTE, P.-A., *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- TREUMER, S., “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, n.º 3, 2014, pp. 148-155.
- TREUMER, S., “Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011”, *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2012, pp. 153-166.
- TREUMER, S., “Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency”, *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 2014, p. 21.
- TRYBUS, M., *Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in*

- Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- TRYBUS, M., “The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom”, *Ius Publicum Network Review*, 2011.
- VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, *Ius Publicum Network Review*, vol. 1, 2012.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 143, 2009, pp. 529-564.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., “La Modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 161, n.º Número Extra, 2013, pp. 551-575.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 37, 2010, pp. 317-351.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., “Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 94, 2010, p. p. 54.
- VENTOVUORI, T.; LEHTONEN, T., “Alternative models for the management of FM services: An empirical investigation”, *Journal of Corporate Real Estate*, vol. 8, n.º 2, 2006, pp. 73-90.
- VICENTE IGLESIAS, J. L., *Aspectos prácticos sobre la contratación de las Corporaciones Locales*, 2ª, Tecnos, Madrid, 2005.
- VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, 1a. ed, Taurus, Madrid, 1986.
- VILANOVA, L., “Financial Distress, Lender Passivity and Project Finance: The Case of Eurotunnel”, fecha de consulta 12 febrero 2014, en <http://papers.ssrn.com/abstract=675304>.
- VILLAR EZCURRA, J. L., “El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas”, *Revista de Obras Públicas*, vol. extraord., n.º octubre, 2002.
- VILLAR PALASÍ, J. L., “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, *Revista de Administración Pública*, vol. 14, n.º mayo-agosto, 1954, p. 70 y ss.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; VILLAR EZCURRA, J. L., “El principio de riesgo y ventura”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; VILLAR EZCURRA, J. L., “Fuerza mayor”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; VILLAR EZCURRA, J. L., “Revisión de precios”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004.
- VILLORIA MENDIETA, M.; JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, vol. 138, 2012, pp. 109-134.
- WACHS, M., “When Planners Lie With Numbers”, *American Planning Association. Journal of the American Planning Association*, vol. 55, n.º 4, 1989, p. 476.
- WARE, G.; MOSS, S.; CAMPOS, E.; NOONE, G., “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, en E Campos, Pradhan (eds.) *The Many Faces of Corruption*, World Bank, Washington DC, 2007, p. Ch. 9.

- WEISS, F., *Public procurement in European Community law*, Athlone Press, London, 1993.
- WHITE, N. J., "Destruction of the Contract through Material Changes", *International Journal of Construction Education and Research*, vol. 2, n.º 1, 2006, pp. 43-51.
- WILLIAMSON, O. E., "The Lens of Contract: Private Ordering", *American Economic Review*, vol. 92, 2002, pp. 438-443.
- WORLD BANK, *Benchmarking Public Procurement*, Madrid, 2016.
- YANNAKOPOULOS, "L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif", *Revue de Droit public*, vol. 2, 2008, p. 421.
- YUKINS, C. R., "A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model", *Public Contract Law Journal*, 2010, p. 70.
- YUKINS, C. R., "Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis", *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013.
- ZHANG, X., "Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective", *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2007, pp. 325-351.